

Poder Judicial

N° 136

ISSN 2215-2385

Revista Judicial

REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2377

Nº 136

Diciembre 2023

DIRECTORA

Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Revista Judicial. Escuela Judicial. Poder Judicial

CONSEJO EDITORIAL

Licda. Rebeca Guardia Morales
Directora a.i. Escuela Judicial.

MSc. Ileana Sánchez Navarro
Jueza del Tribunal Contencioso Administrativo

MSc. María Esther Brenes Villalobos
Jueza contra la Violencia Doméstica, Heredia.

MSc. Raymond Porter Aguilar
Juez del Tribunal Penal de San José

Dr. Luis Antonio Sobrado González
Docente universitario

MBA. Xinia Fernández Vargas
Secretaría Técnica de Género.

MBA. Magdalena Aguilar Álvarez
Coordinadora del Área de Servicios Técnicos
Escuela Judicial

SUPLENTE

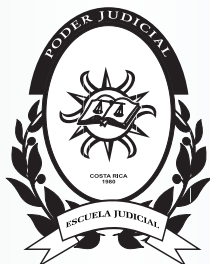
Licda. Kattia Escalante Barboza
Subdirectora a.i. de la Escuela Judicial.

MSc. Jorge Arturo Ulloa Cordero
Representante de la Defensa Pública, en el Consejo
Directivo de la Escuela Judicial

Licda. Julieta Barboza Cordero
Jueza Conciliadora, Centro de Conciliación

Dra. Marcela Moreno Buján
Docente universitaria

Licda. Angie Calderón Chaves
Encargada a.i., Unidad de Acceso a la Justicia



REVISTA JUDICIAL

Nº136

Fundada en 1976

ISSN 2215-2385

**Edición preparada por la Escuela Judicial
Poder Judicial**

Publicación semestral

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

DIRECTORA/EDITORIA

Vilma Alpízar Matamoros
valpizar@poder-judicial.go.cr
valpizar@yahoo.com

Diseño de la portada:

Raúl Barrantes Castillo

Diagramación e Impresión:

Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

Revisión filológica de los artículos:

Licda. Irene Rojas Rodríguez

**© Edición aprobada por el Consejo Editorial
de la Revista Judicial**

CANJE

Sistema de Bibliotecas Escuela Judicial
San Joaquín de Flores, Heredia
Ciudad Judicial
Teléfono: 2267-1541

CORRESPONDENCIA Y SUSCRIPCIONES:

Revista Judicial, Escuela Judicial:
revistajudicial@poder-judicial.go.cr

DIRECCIÓN SITIO WEB REVISTA JUDICIAL

[http:// www.poderjudicial.go.cr/revistajudicial/](http://www.poderjudicial.go.cr/revistajudicial/)

CORREO ELECTRÓNICO:

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

AVISO LEGAL: La Revista Judicial no se hace responsable de las opiniones que expresan las personas colaboradoras, y en ningún caso representan la opinión de la revista o del Poder Judicial. Cada autora u autor se hace responsable de que su artículo sea inédito y original.

Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

CONTENIDO

I. PRESENTACIÓN	7
II. ARTÍCULOS	9
LA PRUEBA TRASLADADA: UN MECANISMO PROCESAL INCOMPRENDIDO. DR. LUIS MARIANO ARGÜELLO ROJAS	11
LA DEFENSA LETRADA COMO SERVICIO PÚBLICO: RETOS PARA SU EFECTIVA SATISFACCIÓN EN MATERIA PENAL. LIC. FRANCISCO JIMÉNEZ SOLANO	37
LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS Y LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN. MS.c. LISSETTE CÓRDOBA QUIRÓS	49
LA PRUEBA DISPONIBLE A LA LUZ DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL VIGENTE. MS.c. DIAMANTINA ROMERO CRUZ	63
EL PERFIL DE LA PERSONA JUZGADORA DEL TRIBUNAL PENAL DE FLAGRANCIA EN JUSTICIA RESTAURATIVA. MS.c. MARÍA GABRIELA LEÓN MORA.....	77
LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEBER DE TRIBUTAR. MS.c. MINOR JOSÉ SOTO FALLAS	89
LAS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA SUS DERECHOS Y DEBERES A LA LUZ DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA. LIC. TEODORO BERMÚDEZ VALENCIA	125
LEY DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN COSTA RICA Y RESPONSABILIDAD PENAL. LICDA. CLARA CONTRERAS MÉNDEZ.....	139
SÍNDROME DEL NIÑO AGREDIDO DESDE UNA PERSPECTIVA MÉDICO LEGAL. LICDA. ANGIE SÁNCHEZ MORA.....	153
NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. DR. GILBERTO GUERRERO-QUINTERO	169
III. ENTREVISTA CON LA MS.C. XINIA FERNANDEZ VARGAS. SECRETARIA TÉCNICA DE GÉNERO.....	199

IV. PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO.....	207
V. NORMAS DE PUBLICACIÓN	211

PRESENTACIÓN

Con el final de este año, llega también la última edición de la Revista Judicial del año 2023. Ha sido un año muy productivo que nos ha permitido compartir con ustedes las investigaciones de distinguidos profesionales del derecho y de otras disciplinas, reafirmando el carácter interdisciplinario de esta publicación.

Además, hemos tenido la participación de muchas mujeres, lo cual nos llena de alegría, pues ha sido uno de los objetivos planteados por el Consejo Editorial, al reiterar constantemente la invitación a que las mujeres escriban y compartan sus experiencias e investigaciones.

En este año hemos realizado tres publicaciones, una edición especial dedicada a Justicia Restaurativa y hemos conmemorado celebraciones importantes para el Poder Judicial como los 30 años de haberse iniciado el programa de Resolución Alternativa de Conflictos en el Poder Judicial, los 25 años de la emisión de la ley de Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la paz social y los 10 años del Servicio Nacional de personas Facilitadoras Judiciales.

Además, hemos realizado las presentaciones de las Revistas en actividades organizadas por el Poder Judicial o acompañadas de una conferencia como fue la impartida por don Rodrigo Alberto Campos Hidalgo, Director Jurídico del Poder Judicial, sobre la Ley de Empleo Público, que tuvo gran suceso. En esta edición contamos con una entrevista muy interesante con doña Xinia Fernández Vargas, de la Secretaría Técnica de Género.

Este número también contiene artículos de diversos temas con lo que se pretende cubrir variadas materias y colaborar de alguna manera con la docencia, la capacitación o el deseo de aprender sobre temáticas en muchos casos muy novedosas.

Como siempre les invitamos a escribir y compartir sus investigaciones y experiencias. Les hacemos llegar nuestro agradecimiento sincero a todas las personas que han colaborado con la Revista.

Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Directora Revista Judicial



Artículos



LA PRUEBA TRASLADADA: UN MECANISMO PROCESAL INCOMPRENDIDO

Dr. Luis Mariano Argüello Rojas*

RESUMEN

Esta investigación pretende brindar algunas precisiones acerca de la denominada prueba trasladada. Para tales efectos, se parte de una lectura instrumental y sistemática de la regulación normativa dispuesta en el Código Procesal Civil con la pretensión de sentar posibles nociones interpretativas que representen algún grado de utilidad en diferentes contextos procesales.

Palabras clave. Administración de Justicia, derecho procesal civil, interpretación de la norma procesal, instrumentalidad, praxis procesal.

ABSTRACT

This research aims to establish some precisions about the so-called transferred test; For such purposes, it is based on an instrumental and systematic reading of the normative regulation provided in the Civil Procedure Code with the aim of establishing possible interpretative notions that represent some degree of utility in different procedural contexts.

Keywords. Administration of justice, civil procedural law, interpretation of the procedural rule, instrumentality, procedural praxis.

Recibido: 11 de marzo de 2022

Aprobado: 22 de agosto de 2022

* Es doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia; máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Es especialista en derecho notarial y registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Es licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por la UCR. En el 2011, fue medalla de honor y obtuvo el primer promedio del Sistema de Estudios de Postgrado en Derecho y del Área de Ciencias Sociales (a nivel de especialidad) de la UCR. En el 2019, obtuvo el primer promedio en el posgrado cursado en la UNA. En general, todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el 2012, es juez de la república y ha desempeñado su cargo en la Jurisdicción Civil y Contencioso-Administrativa. A partir del 2015, es profesor de derecho en la UCR (sede de occidente). Es autor de dos libros y diversos proyectos de investigación publicados en revistas jurídicas especializadas a nivel latinoamericano. Ha fungido como facilitador en la Escuela Judicial y director de varios TFG presentados en la UCR. Es investigador, conferencista y miembro de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Correos electrónicos: luis.arguellorojas@ucr.ac.cr / arguellomariano@gmail.com.

El día en que los jueces tengan miedo, ningún ciudadano podrá dormir tranquilo.

Eduardo J. Couture

La justicia no debe ser tardía, pero tiene que ser justicia. La celeridad exigible es la que sea compatible con la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Javier Pérez Royo

Sumario. I.- Nociones introductorias. II.- Contexto de justificación de la prueba trasladada: la economía procesal. III.- Plena constitucionalidad y regulación normativa de la prueba trasladada en el proceso civil. III.A.- Conformidad con el derecho de la Constitución. III.B.- Régimen legal aplicable: el incomprensido artículo 41.4.9, CPC. IV.- Perspectivas prácticas de la prueba trasladada. IV.A.- Traslación de otro proceso civil de la misma naturaleza (la identidad subjetiva no configura per se cosa juzgada). IV.B.- En un proceso de vía procesal distinta (orden público y las limitantes de la alternancia de la vía procesal). IV.C.- En un proceso de otra materia no penal (potenciales derivaciones procesales de la prejudicialidad no penal). IV.D.- En un proceso penal (deconstruyendo falsas pleitesías). IV.E.- En el mismo proceso (la prudente práctica recuerda que “el proceso es uno solo”). IV.F.- En un procedimiento administrativo (la ubicuidad del derecho administrativo). IV.G.- En una misma audiencia complementaria o única (los limitados —o quizá no tanto— márgenes de actuación frente al núcleo duro de la inmediatez). V.- Conclusiones. VI.- Referencias. VI.A.- Doctrina. VI.B.- Jurisprudencia. VI.C.- Normativa.

I.- Nociones introductorias

Desde el plano del realismo, un conflicto intersubjetivo puede originar diversas causas judiciales. Contra el iluso dogma muy bien vendido en los libros de derecho

procesal, lastimosamente la materialidad de los hechos enseña que no siempre todo proceso judicial soluciona un determinado conflicto, sino que, en ocasiones, existen escenarios (e, incluso, sentencias) que los multiplican e incluso agravan.

Dentro de la dinámica progresiva y dialéctica del proceso, es relativamente frecuente encontrarse con esta cruda realidad que revela la existencia previa o actual de diversos procesos judiciales (también procedimientos administrativos), donde de una u otra manera —y para los efectos que aquí interesan—, si bien las fuentes y medios probatorios son pensados o, eventualmente, ofrecidos para objetos distintos, ya fueron previamente practicados.

En los presentes rastros de tinta negra, se parte de una lectura profunda de los alcances de la prueba trasladada en el proceso civil costarricense. Como se verá más adelante, el numeral 41.4.9, CPC introdujo un halo conceptual propio que lo separa de ciertas nociones doctrinales tradicionales y, además, jurisprudenciales tendidas en Costa Rica.

Así a guisa de mención, la exigencia de que el proceso judicial del cual se traslade y/o importe la prueba practicada sea uno instaurado *restrictivamente* entre las mismas partes litigantes (identidad subjetiva) no se encuentra consagrado de forma expresa en la regulación en mención. Por ende, si bien lo dicho previamente por la doctrina nacional,

por ejemplo, (Durán, 2011, p. 194) revela un antecedente teórico de sentida relevancia, no abarca todas las hipótesis y las derivaciones que a la fecha ostenta el instituto procesal en estudio.

En determinados contextos, es perfectamente posible que dos o más partes hayan o estén discutiendo sus diferencias en vías procesales complementarias o ámbitos competenciales diversos, *v. gr.*, un proceso de divorcio en sede familiar y, luego, una disolución de una sociedad anónima en la jurisdicción civil que puede involucrar a otras partes procesales, una medida cautelar *ante causam* en un juzgado civil que, por incompetencia a nivel de cuantía, es remitida a un tribunal colegiado para la tramitación del proceso de conocimiento principal, un interdicto de amparo de posesión en la vía sumaria que luego es el antecedente procesal para la presentación de un proceso ordinario reivindicatorio, un procedimiento administrativo sancionador en un colegio profesional y, al mismo tiempo, un proceso ordinario de responsabilidad civil por los daños y perjuicios (e, incluso, pérdida de la chance) causados por la negligencia profesional con ocasión de los mismos hechos denunciados, etc.

Sea como fuere, la temática a tratar evoca un particular reto para las mentes lectoras más apasionadas por la depurada técnica del *ius procesalismo* contemporáneo que, sin renunciar a una destacable tradición histórica, se ha enriquecido según la progresividad de los derechos humanos, convencionalidad y de la primacía plena de los valores, principios, preceptos y líneas jurisprudenciales del derecho de la Constitución, sin olvidar, claro está, los prodigiosos avances de la sociología, la neurociencia, inteligencia artificial, economía y tecnologías de la información que avisan la renovación constante de

nuestra disciplina de estudio. Se trata del avance sintético que se genera tras el choque proveniente de las fuerzas del cambio y la permanencia, esto es, un derecho en plena evolución que justifica la actualidad plena de su estudio y reflexión.

Tomando en cuenta la acreditada advertencia de Taruffo (2021), la reflexión que aquí se materializa no se constriñe a la anatomía normativa del numeral 41.4.9, CPC, sino que intenta explorar diversas conexiones y problemas que no son restringidos al campo exclusivo del proceso civil costarricense. De este modo, las preguntas a realizar son variadas: ¿qué sucede con la prueba que resulta practicada en un primer momento, si se opta por su potencial reiteración en un nuevo juicio? ¿Las probanzas recibidas ante un tribunal o juzgado distinto tienen algún valor para el órgano jurisdiccional que va a sentenciar directamente el mérito del caso? ¿Las probanzas practicadas en sede administrativa conservan su naturaleza frente a los órganos jurisdiccionales? ¿Acaso el respeto por el principio de inmediación obliga en el proceso civil a practicar y/o evacuar directa y personalmente toda la prueba que será interpretada y valorada en sentencia? ¿Qué sucede con la perspectiva plural de tres personas juzgadoras integrantes de tribunal colegiado civil cuando una prueba fue practicada en una fase inicial del proceso (*v. gr.*, tutela cautelar o prueba anticipada urgente) de forma unipersonal? ¿Qué ocurre con aquella declaración de parte brindada por una persona en su condición de demandada que ahora intenta ser trasladada a otro proceso donde es actora? ¿La parte que no figuró en un primer proceso judicial (al serle favorable a sus intereses) puede solicitar el traslado de aquella prueba que sí tuvo la participación de la contraparte o bien que, incluso, fue propuesta en su momento

por iniciativa de aquella? ¿Puede un testigo reiterar exactamente lo mismo que expresó hace unos años o meses atrás? ¿Qué sucede si se equivoca? ¿Dónde queda la economía procesal y la conservación de la actividad procesal si se repiten irreflexivamente todas las probanzas previamente practicadas? ¿Una declaración de una persona imputada en un proceso penal puede ser generadora del efecto confesional en un proceso civil? Finalmente, ¿cómo conciliar todas estas preguntas?

Más allá de pretender agotar las posibles aristas que derivan de este tema, las siguientes páginas tratarán de despejar tales incógnitas mediante su estructuración en diversos tópicos; pero sin ánimos de imponer una determinada orientación en su resolución, sino más bien de avivar el debate para que cada quien, luego de su respectiva lectura, pueda optar por contradecir o bien perfeccionar la perspectiva de la investigación.

II.- Contexto de justificación de la prueba trasladada: la economía procesal

Resulta evidente que la prueba trasladada concretiza en cierto modo la aspiración constitucional por una *justicia pronta*. El proceso jurisdiccional debe evitar los absurdos formalismos, insípidas apariencias, tiempos muertos y reiteraciones improductivas. Bajo este entendido, la persona intérprete de la norma procesal debe tener muy en cuenta los costes *reales* de la actividad procesal para propiciar una consecuente (y heterogénea) maximización de los recursos y así evitar el desperdicio, siempre que, bajo tal visión, se respeten las garantías esenciales del debido proceso y, en particular, la inviolabilidad del derecho de defensa.

La actividad procesal *per se* no puede erigirse en una forma o variante de agravamiento del conflicto entre las partes, lo cual muchas veces se propicia por la misma extensión injustificada de los procesos judiciales. En ocasiones, se olvida que las garantías del debido proceso no tienen que encuadrarse como contradictorias de la búsqueda de la eficacia resolutive. No en vano, el numeral 41 constitucional prescribe que la justicia debe ser *cumplida*, pero también *pronta*.

Bajo este umbral, las garantías procesales y la eficiencia procedimental deben complementarse para la mejora sustancial del sistema de solución de disputas que yace bajo una determinada administración de justicia, pues el método no puede ser sustraído ni aislado del fin que busca, todo lo cual ya fue percibido por el inmortal Couture (2022) cuando afirmó que la idea del proceso era medularmente teleológica.

En esta orientación, se ha mencionado que: “evaluar las ineficiencias de una decisión aparentemente justa, es descubrir otra manera de injusticia” (Bullard, 2002, p. 35). Así, los preceptos de celeridad, concentración, intermediación tecnológica, instrumentalidad y, principalmente, de economía procesal sustentan la operatividad plena de la prueba trasladada, en miras de una comprensión ahorrativa de tiempo, recursos y esfuerzos dentro de un *iter* procesal.

La actividad procesal es un recurso costoso y limitado (Calabresi, 2011), así que desperdiciarla de “buenas a primeras” sería comenzar a generar variantes de injusticia para las partes en litigio, siendo factible que, al final del día, incluso, la misma parte victoriosa se autocuestione: “gané sí, ¿pero a qué costo?

La prueba trasladada busca utilizar la actividad procesal (particularmente la probatoria) celebrada y practicada en el mismo litigio, o bien, en otro proceso judicial distinto y/o procedimiento administrativo previamente realizado, para así, conservando la naturaleza del medio probatorio, sustentar su utilización en la causa judicial en trámite a la cual se traslada y, por ende, incorpora, siempre que —sin exigir una identidad subjetiva plena entre los procesos en relación de traslación— exista *previa* o *futura* garantía de que las partes procesales tendrán plena participación en el control, contradicción, interpretación y valoración de esa probanza, para de este modo configurar válidamente su admisión dentro de un marco de respeto pleno por el debido proceso e inviolabilidad del derecho de defensa.

Esta visión *ahorrativa* de los “recursos procesales” está presente en otros institutos y normas procesales instauradas en el proceso civil costarricense, v. gr., conservación de actividad procesal no viciada (conf. art. 31.2, CPC), aplicación de supuestos de improponibilidad (conf. art. 35.5, *ibid.*), supuestos de demanda y contestación conjunta (conf. art. 40, *ibid.*), o bien, mecanismos de conversión de la vía procedimental (conf. art. 103.4, *ibid.*), de suerte tal que, en realidad, la institución procesal bajo estudio resulta compatible y armoniosa con el enfoque ideológico presente en la Ley N.º 9342.

Sea como fuere, la prueba trasladada potencia la economía procesal y dosifica el rigor de una intermediación procesal, cuya postulación irreflexiva y absolutista puede propiciar una noción descontextualizada del proceso judicial. La intermediación contiene una regla consistente en que la práctica probatoria se realice en principio ante el propio tribunal que conoce del conflicto. Sin embargo, su

excepción habilitante está diseñada a nivel legal con ocasión de la utilización de los medios tecnológicos (conf. art. 2.7, CPC).

Así, la puerta de entrada de la prueba trasladada a un nuevo proceso judicial está acompañada de aquellas posibilidades tecnológicas de nuestra era que permiten que un tribunal sentenciador *interprete* y *valore* medios probatorios mediante respaldos de audio o video que lo transportan a aquel tiempo y espacio determinados. Incluso los resultados allí manifestados pueden ser más valiosos con ocasión de la cercanía que eventualmente pudieron tener las ponencias o pruebas practicadas con los hechos acaecidos. Asimismo, la espontaneidad de los detalles de un o una testigo o declarante practicadas en el primer juicio pueden revelar algunos elementos que quizá serían inconducentes en la sede originaria; pero que, de cara al nuevo proceso en trámite, resultan determinantes y que quizá —déjese de un lado la ingenuidad— por intervención, consejo o preparación previa de un abogado o abogada litigante, no hubieran quizá sido externados en el proceso judicial que ahora está en trámite.

Es importante acotar que, más allá de su reconocimiento expreso a nivel jurídico-positivo en el actual numeral 41.4.9, CPC, en rigor, el contexto de justificación de la prueba trasladada para el caso costarricense va más allá del marco de la legalidad formal, pues el instituto tiene su antecedente en el propio reconocimiento de su valor y plena utilización que brindó en su momento la jurisprudencia nacional. En efecto, aunque el viejo Código Procesal Civil de 1989, Ley N.º 7130, no lo contemplará expresamente, el mismo peso de la realidad forense, de la economía procesal y de las necesidades prácticas de las partes en litigio obligó a la sede casacional a reconocer su existencia.

En su momento y a guisa de mención, en el voto n.º 000421-F-S1-2012 de las diez horas diez minutos del veintiocho de marzo de dos mil doce, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, haciendo gala de otros precedentes, indicó:

El traslado de pruebas es un mecanismo destinado a la verificación de los hechos debatidos, que permite que los medios probatorios oportunamente evacuados en un proceso, puedan ser incorporados a otro litigio. Tal figura no fue regulada en el Código Procesal Civil, sin embargo ello no faculta, a priori, para vedarlo como mecanismo al alcance de los litigantes para acreditar los fundamentos fácticos de sus reclamaciones. Debe tomarse en cuenta que el artículo 4 del Código Procesal Civil establece que para los casos no previstos en ese cuerpo normativo, habrá de acudirse a la analogía o, en la antípoda, a la disparidad de razón, para resolver la falta de norma, y en defecto de ellos, habrá de integrarse acudiendo a los principios constitucionales y las máximas del Derecho Procesal. Desde la perspectiva constitucional, a partir del artículo 39 de la Carta Magna, se ha desarrollado el principio del debido proceso, del cual se derivan, como aplicables a la actividad probatoria en el proceso civil, los corolarios de audiencia y contradicción. Por tanto, si en el proceso en el cual se evacuó el medio probatorio se dilucidó entre los mismos litigantes, quienes tuvieron a la mano la posibilidad de controvertirla, no hay obstáculo

para su traslado a otro proceso, en el tanto, nuevamente allí se garanticen ambos derivados del derecho de defensa. En los últimos tres lustros esta Sala se ha referido -en pocos casos y de manera breve- al traslado de prueba. Así, en el fallo N° 108-F-90 de las 14 horas 50 minutos del 23 de diciembre de 1990 señaló: “En cuanto a esta clase de traslado de prueba la Casación ya se ha pronunciado en los siguientes términos: “[...] la forma legal de trasladar la prueba de un proceso a otro es por medio de certificación de las piezas correspondientes, más no pidiendo “ad effectum videndi” el juicio o causa en que esa prueba fue practicada” (Casación N° 71 de 15:30 horas del 9 de setiembre de 1983). También se ha resuelto que: “debe observarse, por lo demás, que el primer juicio fue entre las mismas partes de éste, por lo cual las declaraciones de testigos allá rendida (sic) con intervención de ellas, [sic] no necesitaban ratificarse en el presente” (Sent. Casación N° 38 de 15 horas del 16 de mayo de 1973, cons. III)”. Por otro lado, los fallos N° 368-F-00 de las 14 horas 35 minutos del 17 de mayo del 2000, 30-F-01 de las 15 horas 22 minutos del 10 de enero del 2001, se limitan a señalar una breve cita doctrinal que define el instituto. Esto se repite en el fallo 606-F-02 de las 16 horas 10 minutos del 7 de agosto del 2002, el cual, además, destaca: “[...] Prueba que, al haber sido controvertida en el proceso en el que practicó [sic] por las partes contra quienes se opone en el sub-lite, no requiere

de ratificación y adquiere plena validez. A mayor abundamiento de razones se observa que el Tribunal mediante resolución de las 15:50 horas del 23 de julio de 1999, otorgó a los codemandados el término de tres días para que concretaran sus objeciones a los dictámenes de marras, sin embargo los codemandados se limitaron a reiterar su rechazo sin concretar cargos que menoscaben su validez.” . Debe recordarse que la ratificación que estiman innecesaria estos precedentes, supone que aquél de quien proviene la probanza (testigo, perito, etcétera), no debe concurrir nuevamente a sostener lo que previamente afirmó en distinta controversia. Sin embargo, ello no exime de poner en conocimiento de la contraparte el medio probatorio que pretende incorporarse a un nuevo litigio, aún cuando se hubiere originado en un proceso diverso, entre los mismos litigantes, para que, si lo juzga necesario, pueda controvertirlo. En este caso, empero, no puede admitirse el traslado del dictamen, pues no consta que el señor G. figure como parte en esa controversia –de naturaleza penal- seguida contra el aquí demandado I., de tal suerte que ahora no puede oponerse ese medio probatorio a quien no tuvo posibilidad de increpar al perito oficial en su oportunidad. Luego, no pueden los recurrentes pretender que esa prueba sea valorada para cotejar los hechos probados de esta controversia” (no. 877, de las 10 horas del 17 de noviembre de 2005, reiterada en fallo no. 315 de las 9

horas 10 minutos del 31 de marzo de 2011).

Como es de notar, la noción que, en su momento, instauró la sede casacional tiene un vínculo estrecho con la actual normativización de la prueba traslada. Sin embargo, existen algunos matices de diferenciación que generan algunas novedades y particularidades que merecen la pena acotar y que serán explicados con mayor detalle en el punto III.B. de la presente investigación.

III.- Plena constitucionalidad y regulación normativa de la prueba trasladada en el proceso civil

La prueba es un derecho fundamental de configuración legal; de este modo, cuando se ingresa en una manifestación particular de la técnica (*rectius*: ciencia) probatoria, conviene situarse en un primer momento en el texto y el contexto constitucional, pues, solo de este modo, se podrá tener una visión más certera de la orientación que recoge a nivel positivo el contenido jurídico-procesal. La cuestión no es menor, pues muchas de las dudas que palpan alrededor de las consideraciones probatorias no tienen su nacimiento en la literalidad de un código, sino en el sentir de los postulados constitucionales. Por esta razón, todo gran procesalista lleva dentro de sí a un buen constitucionalista.

Aunque quizá no se tenga siempre conciencia manifiesta del fenómeno, las derivaciones de la tutela judicial efectiva, del derecho de defensa, de las garantías derivadas del debido proceso, etc. irradian las posibilidades interpretativas que ostentan las normas procesales civiles, al punto de que, hoy en día, un código procesal no se debería leer sin antes no poner primero sobre la mesa la Constitución Política y los textos internacionales de

derechos humanos —que, en todo caso, por la perspectiva costarricense, forman parte del bloque de constitucionalidad (Jinesta, 2015)—. Por tanto, la prueba trasladada debe ser comprendida en su génesis con ocasión de las posibilidades de desenvolviendo que le marca tales instrumentos.

III.A.- Conformidad con el derecho de la Constitución

Los reproches lanzados contra la prueba trasladada se esfuman en el tanto se tenga debidamente clarificado el alcance que ostenta la intermediación en el derecho procesal contemporáneo. Ya viene siendo hora de que los y las juristas dejen de vivir de las pomposas apariencias y teatralidades banales. Nadie con seriedad debería pensar que una persona juzgadora por más ceño fruncido y postura piramidal de las manos que realice pueda descifrar la verdad oculta de los hechos mirando fijamente a los ojos a una persona declarante o, que bien, por más gesticulaciones, sofismas y oratorias que exponga un abogado o una abogada litigante pueda salvar a su representado de una demanda sin lugar, si, por ejemplo, el derecho simple y llanamente se encuentra prescrito.

La intermediación implica un contacto directo y personal del juez o de la jueza con el proceso, en general y, en particular, con los medios probatorios. De este modo, se pasó progresivamente de una vertiente más *estática* que, en forma simple, lo sujetaba a una mera identidad física de la persona juzgadora (reconduciéndose a su presencia frente a las partes o pruebas en general), a una noción más *dinámica* que acertadamente entiende que no se circunscribe a una mera *presencia*, sino que resulta más relevante y sustancial la *efectividad* de su participación,

lo cual en supuestos extraordinarios y debidamente justificados no implica *per se* una coincidencia plena a nivel temporal y/o espacial, pues, para tales efectos, entran en escena las nuevas tecnologías.

En esa línea, intermediación significa real compromiso e interés de los jueces y las juezas frente al conflicto sometido a estrados judiciales, y una real intermediación dentro del proceso solo se alcanza con una buena dosis de ética jurisdiccional en la realización de las labores cotidianas.

En torno al tema, se debe insistir en que el principio de intermediación exige la relación directa de la persona juzgadora con las partes procesales y con los elementos de prueba. Pero también para alcanzar los beneficios no solo es necesaria la presencia, sino también que el órgano jurisdiccional lleve a cabo una actividad. De este modo, de parte del juez o de la jueza es forzosa una actitud de dirección, porque si, en los actos del proceso o del juicio, su intervención es meramente pasiva, no se habla de intermediación, sino de una simple presencia judicial. Lo recién indicado es exigible a los órganos unipersonales y también a los órganos colegiados.

Por tanto, es un fraude procesal efectuar una audiencia frente a tres personas, si, en esta, dos están pensando en los expedientes que tienen pendientes en sus oficinas o, peor aún, si se dan la egoísta licencia de llevarse a la propia audiencia el proyecto de sentencia que están trabajando para depurarlo en la portátil, o bien, ponerse en media práctica de prueba a revisar las noticias del día en el teléfono móvil.

Tales sátiras son situaciones que ocurren en las integraciones desviadas de los aparatos jurisdiccionales. Con un afán educador que

lo caracteriza —presente también en otras regulaciones—, el CPC trata de corregir dicha práctica. En suma, la comprensión de la intermediación requiere la compenetración del campo de la ética en la mente y corazón de las personas integrantes de los tribunales de justicia, al menos de una regla de mínimos que respete los umbrales más elementales de la propia profesión. Asimismo, la idea moralizadora del proceso es predicable también frente a los órganos jurisdiccionales. Por último, para la intermediación, de igual manera, se pueden emplear las nuevas tecnologías con el fin de garantizar su cometido. En esta dimensión, el CPC posibilita la implementación, por ejemplo, de videoconferencias para la realización de prácticas de prueba o de otro tipo de diligencias. En esta perspectiva, la regulación adjetiva prevé que la utilización de aquellos medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso no implica quebranto alguno de la intermediación, lo cual habilita opciones para lograr una mejor y más eficaz administración de justicia.

Es bajo esta noción que la prueba trasladada ingresa en plena armonía con los preceptos de la intermediación y las demás garantías del debido proceso. Por ejemplo, un día antes o durante la audiencia complementaria, el Tribunal Colegiado Civil puede presenciar en pleno la grabación de una práctica pericial o testimonial que se realizó en otro proceso con la garantía del contradictorio para las partes y que resulta relevante de cara al objeto del proceso que deberá sentenciar. ¿Se puede decir que allí existe una violación de la intermediación? La respuesta deviene en negativa, pues el contacto directo con aquel medio probatorio trasladado existe, y la efectividad en su análisis reconduce a la noción activa del principio en mención que

—cuando las circunstancias así lo exigen— legitima su aplicación. Si bien diferida, la interpretación y la valoración del medio probatorio son perfectamente realizables, y esto a fin de cuentas es lo que permite construir una decisión judicial razonable.

III.B.- Régimen legal aplicable: el incomprensido artículo 41.4.9, CPC

Dentro de los contornos del proceso civil, la prueba trasladada se encuentra emplazada normativamente en el artículo 41.4.9, CPC. Al respecto tal disposición dispone:

Podrán admitirse las pruebas practicadas válidamente en otro o en el mismo proceso y en procedimientos administrativos, conservando su naturaleza, cuando no sea posible o se considere innecesario repetirlas, siempre que se haya garantizado o garantice la participación a las partes. En la audiencia se dejará constancia de la incorporación y es potestativa su lectura o reproducción.

Desde el plano jurídico-positivo de la citada regulación, se extraen las siguientes consideraciones:

i. La prueba trasladada es una manifestación de los principios de economía e impulso procesal, además instrumentalmente debe ser relacionada con las potestades procesales generales con las cuales cuenta el tribunal y que se encuentran contempladas en el numeral 5 CPC, en particular aquellas asociadas con la dirección, ordenación y pronta solución del conflicto. No en vano, se establece, en la regulación en

comentario, que el tribunal “podrá” admitir tales probanzas, lo cual también conlleva un juicio negativo, esto es que, en caso de negarse tal mecanismo, conllevaría seguir el ritual normal de la admisión y práctica probatorias regulares.

ii. La prueba trasladada exige como requisito sine qua non que la prueba que se injerta haya sido válidamente practicada. Lo anterior excluye la posibilidad de admitir una probanza que esté en vísperas de su práctica, o bien, que haya sido declarada ilegal, espuria o excluida del acervo probatorio en otro proceso por estar viciada de nulidad o haber sido amparada en actividad procesal defectuosa. En suma, a efecto de plantear su ofrecimiento y concretar su admisibilidad, la prueba trasladada requiere de una valoración temporal-cualitativa que exige tanto conocer de antemano su alcance como, a su vez, definir su legitimidad en aquel otro proceso o procedimiento en el cual fue practicada.

iii. La prueba que se traslada no está limitada por razones de materia, cuantía, territorio, función ni vía procesal; por ejemplo, pudo haber sido practicada en otro proceso judicial de cualquier materia (v. gr., familiar, penal, laboral, tránsito, contencioso-administrativo, agrario etc.) y ahora se incorpora a un proceso civil. Asimismo, pudo haber sido prueba practicada en un juzgado civil de la capital que luego se traslada a un proceso ordinario tramitado ante un Tribunal Colegiado Civil de Heredia o bien haberse practicado en alzada y ahora servir para el principal (v. gr., testimonio en una audiencia de apelación de medida cautelar) o bien dentro del mismo proceso (v. gr.,

prueba anticipada de declaración de parte o un reconocimiento judicial urgente realizado antes de la audiencia preliminar). Con esto, se quiere evidenciar que —en procura de la economía procesal y uso de los medios tecnológicos— se genera una saludable dosificación del principio de inmediatez, cuya postulación irreflexiva puede llevar al absurdo de sacrificar en los altares del formalismo procesal la esencia del derecho fundamental a la Justicia, no solo cumplida sino también pronta.

iv. De vital importancia, se tiene que la prueba trasladada también opera con relación a los procedimientos administrativos. Esta posibilidad erige una dimensión revolucionaria que implica reconocer la amalgama existente entre el derecho público y privado, relación intensa que implica que el uno no se puede reconocer sin el otro. En materia civil, los extremos de un procedimiento administrativo pueden ser de gran interés, v. gr., discusiones en un procedimiento administrativo sancionador a nivel de un colegio profesional que es el antecedente de una demanda civil por responsabilidad civil contra un o una profesional con ocasión de una relación contractual previa, expediente administrativo municipal asociado con un permiso de construcción que tiene su relevancia en un proceso civil por reclamos de mejoras o accesión, o bien, un procedimiento administrativo instaurado por el Ministerio de Salud, el cual conlleva la clausura de una empresa por vertido de contaminantes que luego impulsa la demanda de daños y perjuicios por las personas vecinas de la localidad, etc.

En suma, los procedimientos administrativos, ya sean de gravamen, sancionatorios, constitutivos o favorables etc., pueden tener implicaciones sustanciales en la materia civil y comercial. Por eso, con gran tino, el legislador procesal optó por incluirlos en la categoría de prueba trasladada; sea como fuere, es importante recordar que esta posibilidad procesal está habilitada con ocasión de los ingentes reportorios de jurisprudencia constitucional que han reiterado, una y otra vez, que las garantías del debido proceso aplican no solo para la órbita jurisdiccional, sino también en sede administrativa, por lo cual, en tesis de principio, una probanza válidamente practicada en sede administrativa no tiene por qué ser infravalorada, satanizada o prejuiciada por un tribunal de justicia, a la hora de su interpretación y consecuente valoración.

v. En la prueba trasladada, el medio probatorio conserva su naturaleza; a manera de ejemplo, si en sede administrativa con la garantía de participación de las partes, se ha practicado válidamente un testimonio, y este queda constando en actas, no se incorporará al proceso judicial civil, como si fuera un medio documental, sino que se traslada como una prueba testimonial. Por tanto, la prueba trasladada exige un respeto por la *fuerza probatoria* que implica que, al ser trasladada a otro proceso, no va a mutar en el carácter del *medio* por el cual se materializó. La prueba en consecuencia mantiene su carácter y, en ese entendido, debe ser apreciada por el tribunal sin hacer discriminaciones de ninguna índole.

vi. En un primer momento, la prueba trasladada está supeditada a que sea imposible su reiteración. De este modo, existen escenarios factuales donde la fuente de la prueba se ha extinguido con el paso

del tiempo; v. gr., la muerte de la persona declarante o bien factores espaciales hacen inviable la reiteración del medio por cambios físicos y/o transformaciones en la fuente probatoria; v. gr., el reconocimiento judicial de un inmueble que fue sometido a un proceso de construcción que cambió sus condiciones originales, etc. Por ende, en tales supuestos, resulta elocuente que la prueba debe ser reconducida a su práctica originaria, pues los factores temporales-espaciales no permiten en la realidad material su nueva producción. Bajo este entendido, la prueba trasladada emerge como una valiosa herramienta frente a los supuestos de prueba difícil (Peyrano, 2018), pues debido a la apertura en su admisión, se pueden superar las limitantes que, en determinadas ocasiones, pueden suponer los denominados hechos antiguos.

vii. Asimismo, el otro supuesto habilitante y autónomo de la prueba trasladada se presenta cuando su nueva producción se considere innecesaria. Así, la utilidad que reporta el medio probatorio se debe supeditar a una especie de valoración *a priori* que, por justificación legal, realiza el órgano jurisdiccional en una etapa previa del proceso asociada normalmente con la fase de admisibilidad probatoria y donde se concluye en lo innecesario de la reiteración del medio probatorio de cara a los contornos del proceso judicial en trámite; v. gr., declaraciones amplias de una persona perita en un proceso penal en torno a la mecánica del accidente, cuyas consecuencias civiles ahora son objeto del proceso civil.

No obstante, en el proceso civil, lo “innecesario” de la nueva producción del medio probatorio debe ser juicio de una ponderación pausada, no solo por parte del órgano jurisdiccional, sino también por las partes procesales y, en particular, sus

patrocinios letrados. En efecto, no resulta para nada infrecuente que, en materia judicial, un nuevo proceso o bien un litigio con un objeto diferente sea llevado bajo una representación legal distinta.

Luego, toda persona profesional en Derecho de calidad conoce que existen determinadas estrategias de litigio o líneas de interrogatorio que pueden llevar a resultados muy distintos en el devenir del proceso, con lo cual, cabe la posibilidad de que —aunque la prueba haya sido practicada previamente— su nueva producción o reiteración esté debidamente justificada con ocasión de un ejercicio pleno del derecho de defensa y búsqueda de la tutela judicial efectiva; *v. gr.*, en el presente proceso ordinario civil, se le debe plantear a la persona perita toda una serie de preguntas diferentes que no se contemplaron en el otro proceso sumario, o bien, el enfoque dado a nivel de la prueba testimonial en un proceso penal o familiar no se corresponde con los hechos controvertidos que resultan relevantes para las pretensiones propias del nuevo proceso civil, etc.

Lo que se quiere dejar sentado es que la prueba trasladada no pudo operar como una regla procesal automática e inflexible, existe diversidad de casos, argumentos y circunstancias que pueden justificar la reiteración de una determinada probanza previamente practicada. Lo importante, en consecuencia, es potenciar un juicio valorativo de *necesidad* que, de forma motivada, permita determinar la procedencia de la prueba trasladada. A fin de cuentas, en los detalles, está la clave del éxito de toda buena teoría del caso.

viii. Tanto en los supuestos de imposible reiteración como de innecesaria repetición, la regla de oro que justifica

la prueba trasladada es que previamente haya existido, entre las partes en conflicto, la garantía del contradictorio o, lo que es lo mismo, que su derecho de defensa se encuentre plenamente tutelado, sin evitar sorpresas o imposibilidades de control probatorio de ningún tipo. Quede claro que la prueba trasladada no exige una especie de identidad subjetiva entre las partes del proceso base y el nuevo proceso al cual se traslada la prueba, sino que —se insiste— lo que requiere es garantía *previa* o *futura* de su favorable participación.

De este modo, el órgano jurisdiccional, en forma plena e incisiva, debe asegurar que las partes hayan tenido participación activa en la práctica probatoria que se traslada o bien que a futuro se garantice su participación, lo cual se denota del estado del propio caso o bien en razón de las propias posturas de defensa que asumen (*v. gr.*, testimonio ofrecido y practicado en un primer proceso civil a favor de la parte actora “X” contra “Z”).

No obstante, siendo ahora “X” la parte demandada en un nuevo proceso civil, tal medio testimonial (por sus efectos favorables) es ofrecido como prueba trasladada en su contra por la contraparte “Y”; aunque esta última en rigor no haya figurado como parte en aquel primer juicio). En suma, el debido proceso y el derecho de defensa son el contexto de justificación de la prueba trasladada, de modo que, si no están presentes, esta se torna en improcedente.

ix. En tesis de principio, la prueba trasladada en la dinámica de los procesos ordinarios civiles de mayor cuantía es admitida, por ende, es incorporada en la audiencia preliminar, y será en la audiencia complementaria donde resulte potestativa su lectura o reproducción. Luego, en los procesos sumarios y monitorios,

eventualmente, algunos ordinarios que, por sus condiciones más simples o cuantía menor así lo permitan (conf. art. 102, CPC), la admisión y la potencial reproducción del medio probatorio serán una labor propia de las audiencias únicas.

x. El régimen recursivo en materia de prueba trasladada es totalmente taxativo, así frente a la admisión o rechazo de una prueba trasladada, lo único que existe es la posibilidad de un recurso de revocatoria, pues la apelación no está prevista para tal supuesto.

De esta forma, se ha realizado una profundización en las derivaciones que emergen de la exegesis del numeral 41.4.9, CPC. Como es de notar, lo recién expuesto no buscó danzar irreflexivamente alrededor de la norma positiva, sino, más bien, perfilar una serie de consecuencias, conexiones y resultados que permitan coadyuvar en el manejo más técnico y adecuado de la categoría procesal en estudio.

IV.- Perspectivas prácticas de la prueba trasladada

La doctrina procesal de corte realista procura descender del cielo de las abstracciones conceptuales al terreno concreto de la realidad forense, puesto que el procesalista debe ser capaz de escuchar la hierba crecer. De esta forma, se considera oportuno evidenciar de seguido algunos escenarios en las cuales puede operar la prueba trasladada que, sin duda alguna, más que su defensa teórica justifica su utilidad práctica.

IV.A.- Traslación de otro proceso civil de la misma naturaleza (la identidad subjetiva no configura per se cosa juzgada)

En ocasiones, un proceso civil puede derivar en una sentencia desfavorable para una parte demandante debido a un error en el planteamiento del objeto y/o pretensión del proceso. Así, por ejemplo, es posible que, en el devenir del litigio, se acredite un marco factual relevante que resulta positivo para la parte accionante; pero que, lastimosamente, no fue cubierto por los extremos pretensionales de la demanda o que, incluso, desborda la causa de pedir y su respectiva calificación jurídica.

Lo que a menudo se ignora es que, en este tipo de supuestos, aquella parte actora-perdida puede esbozar de nuevo un segundo proceso judicial, donde ahora sí plantee correctamente su demanda contra la parte accionada, sin estar afecto su nuevo y/o segundo planteamiento por los alcances de la cosa juzgada, sea formal o material (conf. art. 64, CPC). Si bien este segundo proceso sería entre las mismas partes, naturalmente no existiría identidad objetiva ni causal, pues aquella nueva demanda responde a un objeto distinto, y no se estaría juzgando en consecuencia la misma relación jurídica discutida.

Un breve ejemplo aclara lo indicado: así, piénsese en una demanda ordinaria civil de mayor cuantía planteada por un sujeto “A” contra una empresa “B”, cuya pretensión consiste *única* y *exclusivamente* en la declaratoria de una resolución contractual y donde, si bien se determina a nivel de los hechos probados de la sentencia, una serie de incumplimientos contractuales asociables a la accionada, se concluye por el fondo que estos no son de tal gravedad como para disponer el citado efecto resolutorio del contrato en discusión.

En un caso como el descrito, si es de su interés, la parte actora podría presentar una segunda demanda, circunscrita esta vez a una responsabilidad civil contractual contra la empresa “B”, donde el objeto y la causa de la demanda no estarían cubiertos por la cosa juzgada, evidenciando, con ello, las muchas veces inadvertidas diferencias y ámbito de autonomía que median entre la responsabilidad civil y la resolución contractual, por lo que Torrealba (2009) indica que son figuras independientes, cuya concurrencia es posible más no necesaria.

Es asumible que, luego de leer lo expuesto, alguien se intente “rasgar las vestiduras”, acuse de inmediato que se están dando ideas para multiplicar los pleitos judiciales y que, por ende, deberíamos ser tachados como una especie de iconoclastas. Nuestra defensa es que, a fin de cuentas, la realidad forense es como es y, nos guste o no, debemos encararla con valentía y rigurosidad jurídica todos los días. Si bien, en un caso como el descrito, el *deber ser* haya sido que la parte actora formule desde el inicio pretensiones indemnizatorias de forma accesoria o, incluso, con niveles de subsidiaridad por pretensión, lo cierto del caso es que, si no lo hizo, bien podría encarar un segundo juicio con tales extremos, sin que su planteamiento pueda ser cuestionado de abuso procesal ni pueda estar vedado (se insiste) por la cosa juzgada material o formal.

Ahora, si se arriba a este segundo juicio ordinario civil de mayor cuantía por responsabilidad civil contractual, cabe pensar: ¿será necesario de nuevo volver a practicar toda la prueba previamente admitida y válidamente practicada en aquel primer proceso? Pues bien, tal interrogante es respondida por sí sola bajo la concepción de la prueba trasladada, y muestra la operatividad

en aquellos procesos que, si bien pueden estar relacionados con las partes (identidad subjetiva), no implican la existencia de cosa juzgada (carencia objetiva y causal) y que, por tanto, justifican plenamente la habilitación del instituto en mención.

IV.B.- En un proceso de vía procesal distinta (orden público y las limitantes de la alternancia de la vía procesal)

El Código Procesal Civil (Ley N.º 9342) presenta una estructura de vía procedimental muy nítida, donde cabe distinguir entre procesos: *i.* de conocimiento, *ii.* sucesorios, *iii.* de ejecución y *iv.* no contenciosos. A su vez, los primeros (que también son llamados a nivel doctrinal como procesos de cognición) se dividen en procesos: *a.* ordinarios, *b.* sumarios, *c.* monitorios y *d.* incidentales. Tal distinción no importa meramente como un ejercicio de clasificación academicista, sino que tiene sentidas repercusiones a nivel de praxis, ya que un adecuado encuadre y/o clasificación de la causa litigiosa en la vía procedimental correcta genera ondas repercusiones prácticas que, a su vez, garantiza un desarrollo más adecuado y célere del determinado extremo u objeto que se planté ante el órgano jurisdiccional.

Se debe advertir que, aunque el *codex* adjetivo no contemple una excepción procesal expresa catalogable como “indebida escogencia de la vía procesal” (recordando que, incluso, las defensas procesales que contempla el numeral 37.3 CPC son taxativas y operan de modo cerrado “*numerus clausus*”), lo cierto del caso es que, a nivel práctico y con una terminología no del todo rigurosa pero sí con

un afán menos gravoso y más instrumental¹, se ha echado mano de la figura de la incompetencia para disponer por, ejemplo, cuando una determinada causa, si bien fue presentada como un proceso ordinario, debe ser dilucidada como un proceso sucesorio (conf. art. 115, CPC²), o bien, un determinado planteamiento en un proceso monitorio dinerario (por carecer de respaldo documental) carece de viabilidad en aquella vía y, por tanto, debe ser encausado por los recaudos del sumario de cobro dinerario (conf. art. 103.1.1, CPC) o bien del mismo proceso ordinario por el carácter residual de su ámbito de aplicación (art 101, CPC).

Lo anterior evidencia que, dado el carácter de orden público de las normas procesales y consecuente respeto de la legalidad procesal (conf. art. 3.1, CPC), las partes no pueden disponer a su antojo de las vías procesales que más les plazcan, sino que debe ser cuidadosas en escoger el camino que el legislador ha habilitado prototípicamente para los diversos supuestos de litigación. Tal perspectiva, valga aclararlo de una vez, inclina al presente esbozo teórico a separarse de la respetable tesis de uno de los maestros redactores de la Ley N.º 9342 que, en esta órbita en particular

(López, 2018), potenciaba el interés de la parte en acceder al efecto de la cosa juzgada material, lo cual repercutía en la inexistencia de limitante para optar indistintamente por un proceso u otro, principalmente, claro está, con ocasión del acceso a la vía ordinaria.

De esta forma, es dable concluir preliminarmente que, bajo la configuración jurídico-positiva actual del proceso civil y por el respeto pleno del carácter público de la norma procesal (conf. art. 129, Constitución Política y art. 3.1, CPC), el precepto de *alternabilidad o alternativa de la vía procesal*³ tiene un margen de acción muy limitado quedando reservado a situaciones procesales muy restringidas, donde el impulso configurativo quede circunscrito a un derecho optativo de la parte interesada (v. gr., cobro de honorarios profesionales en la vía del proceso ordinario por renuncia implícita del privilegio de la vía incidental, etc.).

Sin embargo, si aquel margen de alternatividad no es optativo sino preceptivo, deberá acudir en un primer momento al proceso establecido por el legislador procesal para la discusión del tema en litigio.

-
- 1 La justificación de tal afirmación pasa porque la competencia civil ostenta una única categoría, y su diferenciación se postula frente a otras materias (v. gr., contencioso-administrativa, laboral, penal, familiar, agrario etc), pero no frente a ella misma; no existen, por tanto, subespecies de competencias materiales civiles. Por ende, cuando un proceso se remite de un ordinario a un sumario o, viceversa, en rigor no se está disponiendo de incompetencia por materia alguna sino tan solo de un tema de escogencia de la vía procesal (precisamente el pleito sigue radicado en la jurisdicción -rectius: competencia- civil-. Véase, que, en tales escenarios, no se está frente ningún extremo de competencia por materia, territorio, cuantía ni funcional, pues no conocemos a la fecha ninguna inclusión de una nueva categoría de “incompetencia por tipo de proceso”. Sin embargo, al echar mano implícitamente de esta posibilidad, las partes y los tribunales, en realidad, lo que están buscando es que el litigio siga su discusión donde debió ser debidamente planteado, evitando así la aplicación de otras figuras procesales más drásticas como alguna inadmisibilidad o, incluso, planteamiento de improponibilidad.
 - 2 En esa orientación, se puede citar el siguiente auto: Tribunal Colegiado de Primera Instancia Civil de San Ramón. Voto 43-2022 de las doce horas cero minutos del cuatro de febrero de dos mil veintidós.
 - 3 Sobre el reconocimiento de la “alternativa de la vía” en el derecho procesal civil puede consultarse: Tribunal Primero Civil de San José. Voto n.º 239-1C- de las trece horas del quince de marzo de dos mil doce.

Las reflexiones expuestas generan por derivación lógica que las partes procesales puedan ser reconducidas a la vía procesal correcta y en consecuencia sean constreñidas a discutir *en orden* sus asuntos; primero, por ejemplo, en la sede monitoria o sumaria antes que la ordinaria, pues la realidad enseña que gran porcentaje de aquellas contiendas se resuelven en esa única instancia sin necesidades de discusiones ulteriores.

No obstante, en caso de que luego de la tramitación y resolución de aquellos procesos quede insatisfacción razonable en alguna de las partes, pues emerge la posibilidad procesal que —dado el efecto y/o estado de cosa juzgada formal que, en aquellas vías se produce (conf. art. 64, CPC, interpretado a *contrario sensu*)—, se opte por “ordinariar la vía” y al socaire de lo dispuesto en el numeral 103.4 y 110.4 CPC, se abra la posibilidad de un segundo proceso judicial, donde ahora sí de forma más moderada, profunda y pausada, se ingrese a valorar extremos amplios que quizá desbordaban los vértices del primer proceso judicial tramitado.

Luego —y para los efectos que en este apartado interesan—, lo relevante es que toda aquella prueba practicada en el primer proceso judicial puede ser perfectamente trasladada al segundo juicio, se trata de una potencialización de la norma general del artículo 41.4.9, CPC que encuentra su especialización en el citado artículo 103.4, CPC, pues de un modo absolutamente claro y sin dejar mayor dubitación al respecto, esta regulación dispone en lo conducente: “[...] Cuando se admita la conversión se conservarán las medidas cautelares obtenidas mediante caución, así como la anotación de la demanda y tendrá eficacia toda la prueba practicada con anterioridad, siempre que no se vulnere la intermediación”.

Así, bajo el entendido real de garantizar una variante de intermediación acorde con el debido proceso y el uso de las nuevas tecnologías, se vislumbra, en la situación procesal expuesta, un terreno fértil donde la prueba trasladada puede ser utilizada. Incluso, de cara a conversiones en ordinarios, nos atrevemos a indicar más que la *excepción* debe ser la *regla*, pues, en tales segundos juicios, el enfoque de discusión no debe trasmutar los medios probatorios que, siendo útiles para el primero, también lo son para el segundo.

IV.C.- En un proceso de otra materia no penal (potenciales derivaciones procesales de la prejudicialidad no penal)

En determinados contextos, la prueba practicada válidamente en un proceso judicial no penal (*v. gr.*, familiar, agrario, laboral, contencioso-administrativo etc.) puede ser de gran utilidad para la resolución de un conflicto civil en trámite, sin que resulte necesario volver sobre su repetición. En efecto, si se constata la participación efectiva de las partes en aquel proceso inicial (contradictorio *a priori*), o bien, ellas muestran su total anuencia y/o conformidad con ocasión de la apertura probatoria que será garantizada (contradictorio *a posteriori*), es verdaderamente útil y pertinente proceder con la admisión probatoria y trasladar aquel acervo ya practicado que, ya sea por razones de conveniencia o también de necesidad, conservará su naturaleza de cara al proceso civil que está a las puertas de ser sentenciado. Conviene recordar que, en materia procesal civil, la prejudicialidad que opera medularmente es aquella circunscrita a litigios no penales (conf. art. 34.2, CPC). De manera tal, es factible disponer provisionalmente la suspensión del curso de las actuaciones del juicio civil, si lo discutido en sede no penal

—no siendo acumulable ni produciendo litispendencia— sí genera una influencia importante en el objeto del proceso civil. Lógicamente, una vez que esté resuelto el objeto principal del proceso no penal, será activada la continuación del litigio civil.

Se habrá percibido la amable persona lectora cómo lo recién indicado conecta lógicamente con el tema en análisis, pues, a nivel práctico, es frecuente que la prueba que se práctica en el proceso judicial no penal (y que genera la mencionada prejudicialidad) pueda, a su vez, servir y ser de utilidad para el proceso civil de momento suspendido, con lo cual, se materializará, en este contexto temporal, un escenario procesal habilitante para la configuración de la potencial prueba trasladada.

Aguisa de ejemplo, piénsese en una irrepetible declaración de parte (debido al fallecimiento del cónyuge) rendida en un proceso de divorcio en sede familiar que, posteriormente, puede resultar de importancia para un proceso civil de nulidad testamentaria o bien las costosas probanzas periciales practicadas previamente en un proceso contencioso-administrativo relacionadas con la apertura de un camino público cantonal que luego pueden ser de relevancia de cara a un juicio civil de constitución de una obligación forzosa de paso o bien de una servidumbre.

Como es de notar, la unidad del pensamiento jurídico (Satta, 1968) nos revela significativos patrones que immortalizan la célebre advertencia de que el ordenamiento jurídico no puede ser visto como una serie inconexa de comportamientos estancos. Por el contrario, las posibles conexiones y estrechas relaciones que, de una u otra manera, pueden producirse a nivel de los procesos jurisdiccionales llevan al buen profesional en derecho a

tener siempre en cuenta las potenciales derivaciones que se pueden producir; en suma, la persona jurista dedicada al arte del derecho procesal debe tener el don de una refinada consecuencialidad.

IV.D.- En un proceso penal (deconstruyendo falsas pleitesías)

Los procesos penales pueden generar insumos probatorios significativos de cara a un proceso civil; entre otros escenarios, la práctica forense revela (en un grado no del todo infrecuente) que, en ciertos supuestos, la víctima desaprovecha, decide no presentar, se encuentra legalmente imposibilitada, o bien, considera inoportuno ejercer de forma accesoria la acción civil resarcitoria en el proceso penal (conf. art. 40, Código Procesal Penal), con lo cual se abre el camino para que las consecuencias civiles del ilícito puedan ser residenciadas en la órbita civil.

Evidentemente, las probanzas que pueden ser de gran utilidad y pertinencia para sentar la responsabilidad penal pueden servir en tesis de principio de parámetro idóneo para definir el alcance de las consecuencias civiles, a fin de cuentas, la acción, causalidad y resultado dañoso, entre otros, son categorías que — con las matizaciones teóricas respectivas (Torrealba, 2011)— interesan a ambos sectores de la responsabilidad.

En consecuencia, resulta importante indicar que el proceso penal puede generar insumos probatorios perfectamente utilizables en el proceso civil, piénsese en un peritaje asociado con la dinámica de un accidente automovilístico que luego es base de una demanda de daños por responsabilidad civil objetiva, o bien, las probanzas testimoniales recibidas en un proceso de usurpación que

luego pueden ser trasladadas a un juicio reivindicatorio etc.

Aquí no se está patrocinando ni por asomo una cultura de multiplicación de los pleitos judiciales. Lo ideal, sin duda, es que de entrada, el litigante medite concienzudamente en la vía correcta para tutelar la situación jurídica de su representado. Sin embargo, si por una u otra razón, el resultado resultada desfavorable o insuficiente, y lo juzgado no está bajo el efecto jurídico de la cosa juzgada, pues las posibilidades de acudir a otro proceso (en este caso civil) no pueden ser entendidas, sin antes valorar las posibles implicaciones que tendrá el instituto de la prueba trasladada.

En los tiempos actuales de una marcada especialización procesal, no resulta conveniente esquivar las particularidades que existen entre los diversos modelos procesales. No obstante, concentrarse en las similitudes y comprender las diferencias son el camino que marca el progreso del derecho procesal. Nos atrevemos a indicar que el que tiene en común los diferentes diseños procesales creados en Costa Rica es el debido proceso constitucional, así que, en otras palabras, lo constitucional es el derecho común de todos los denominados “derechos procesales”.

A tono con lo expuesto, es necesario advertir que ciertas probanzas rendidas en un proceso penal no pueden ser trasladadas al proceso civil conservando su naturaleza si aquellas no encuentran su total correspondencia; por ejemplo, la declaración del imputado no puede ser equiparada con una prueba testimonial o de declaración de parte y su efecto confesional (conf. art. 42 y 43, CPC), pues, en los recaudos del proceso penal, la declaración de la persona imputada más que un medio de prueba es un medio de defensa,

lo cual explica la razón por la cual no tiene que rendir juramento.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico-procesal, en el proceso penal, la persona imputada no está constreñida a decir la verdad a diferencia de la obligación (que, al menos, a nivel formal) se le impone a una parte procesal cuando, de cara al proceso civil, es medio de prueba. En esta dimensión, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ya se pronunció en su momento cuando, en el voto n.º 000315-F-S1-2011 de las nueve horas diez minutos del treinta y uno de marzo del dos mil once, indicó lo siguiente:

No se trata, propiamente, de prueba trasladada, que determine el desplazamiento de los efectos que pudo haber generado la declaración del señor “X”, como imputado, de la vía penal a la que aquí compete. Partiendo de que el imputado no está obligado a declarar ni a prestar juramento sobre la veracidad de sus manifestaciones, es indudable que su declaración en el proceso penal no puede tenerse como prueba testimonial, como pretenden los recurrentes. El artículo [...] del Código Procesal Civil es claro que los testigos declaran bajo juramento, cosa que no sucede con la declaración del imputado. La “ratio legis” del instituto es el garantizarle al acusado un espacio procesal para que si a bien tiene se manifieste sobre la acusación existente en su contra. Se trata de un medio de defensa, más que un medio de prueba. De ahí, que jamás podría ser considerada como prueba testimonial que pudiera ser tenida como tal en este proceso, pues no se trata de la declaración de un tercero o de la parte civil o lesionada con el delito, sino

del imputado, que como se dijo reviste naturaleza distinta.

De esta forma, queda expuesta cómo la declaración del imputado no puede ser tenida como una prueba dentro del proceso civil, pues “reviste naturaleza distinta”, así que, al no cumplir con las exigencias del numeral 41.4.9, CPC, no puede operar su traslado. Más allá de nociones procedimentales, esta postura obedece al respeto inquebrantable que le concierne a la garantía del derecho al debido proceso. Si la prueba trasladada no sabe reconocer la exigencia del derecho de defensa, corre peligro de disiparse por falta de reconocimiento de sus propios y necesarios límites.

IV.E.- En el mismo proceso (la prudente práctica recuerda que “el proceso es uno solo”)

Otra de las aristas del tema en estudio se presenta con ocasión del traslado de las probanzas que se pueden producir en lo interno del propio proceso judicial; a guisa de mención, tal posibilidad cobra una especial significación en aquellas probanzas rendidas de forma anticipada (art. 49, CPC), supuestos de medidas cautelares *ante causam* (art. 77, *ibid.*), o bien, diversos supuestos incidentales (art. 113, *ibid.*), entre otros. Lo relevante es que el medio probatorio *previamente* practicado para efectos concretos cobra una renovada relevancia de cara al objeto actual del proceso principal, lo cual justifica —en el momento procesal oportuno— su admisión sin necesidad de requerir su cansina reiteración en la audiencia complementaria o única.

El traslado *ad intra* de la prueba trasladada presenta matices prácticos y de economía procesal por una doble vía, pues no solamente

se garantiza que, siendo el proceso uno solo, aquellas probanzas previa y válidamente practicadas conserven su valor de cara a la resolución del objeto de fondo o mérito del litigio principal, sino que, además, permite que la dinámica colegiada de los tribunales civiles de primera instancia (que conocen de los procesos ordinarios de mayor cuantía o cuantía inestimable) sea funcional y racionalmente operativa, al permitir una dosis de instrumentalidad que impregna que la citada colegialidad no sea vista como un fin en sí misma, sino que únicamente opere cuando los requerimientos del proceso así la justifiquen.

Conviene evocar que, en los tribunales colegiados civiles de primera instancia, una gran cantidad de audiencias por diseño procesal es realizada de forma unipersonal y en rigor, lo que justifica que la integración colegiada es medularmente de cara a la audiencia complementaria. De este modo, es perfectamente posible que, en una etapa temprana del proceso, se hayan celebrado audiencias de corte unipersonal donde se practicaron medios probatorios que ahora requieren ser admitidos y, por ende, trasladados a la fase y/o etapa colegiada, con lo cual surgen los debidos respaldos tecnológicos como medio para alcanzar una razonable y bien entendida inmediatez. Lo anterior permite que una prueba anticipada urgente que cobra peligro de no poder practicarse más adelante (*v. gr.*, un reconocimiento judicial de daños estructurales en una edificación ruinoso), o bien, una probanza irrepetible (*v. gr.* declaración testimonial de una persona ya fallecida en el ámbito cautelar atípico) pueda ser perfectamente admitida de cara a la resolución del proceso principal.

En esta dimensión, la prueba trasladada, más que sobredimensionar los alcances de

una noción doctrinal o precepto legal, busca generar un saludable efecto práctico tanto para las partes como para el propio órgano administrador de justicia.

Y es que, en infinidad de supuestos, el conocimiento teórico o doctrinal —con su inescrutable halo de abstracción— no es terreno firme para construir *per se* una solución necesaria y útil para las partes en litigio. Ante el vacío desolador, emerge la *prudencia* como la tierra prometida del jurista que lo lleva por una senda que hace emerger aquellos frutos tangibles que apaciguan las almas más sedientas de justicia. En esta orientación, ya lo advertía un ilustrado profesor español: “Quienes deciden no son *iurissapientes* sino *iurisprudentes*”. (Nieto & Gordillo, 2003, p. 19). Así, la prueba trasladada en lo interno del proceso civil es una forma útil y prudente de garantizar los fines del proceso judicial.

IV.- F.- En un procedimiento administrativo (la ubicuidad del derecho administrativo)

Las nociones arcaicas visualizan al derecho privado y público como dos universos distantes y separados. Se sostiene que la relación entre estos más que dificultosa es innecesaria, por tanto, ninguna relevancia reportaría para el ius privatista manejar las categorías propias de su aparente némesis. Sin embargo, afortunadamente tal *statu quo* discursivo dominante ha perdido su vigor, en tanto, el advenimiento del constitucionalismo y la visión progresiva de los derechos humanos han denotado (entre otros aspectos) la trascendencia que ocupan los derechos fundamentales no solamente en las relaciones entre el administrado y el Estado, sino también en la propia interacción entre sujetos de derecho privado.

Además, la misma extensión y, por ende, la ubicuidad que ha alcanzado la Administración pública en la vida de las personas hacen que gran parte de los institutos de derecho privado de una u otra manera entren en contacto con categorías, nociones y/o instituciones administrativas, v. gr., posibles transformaciones de los derechos reales y limitaciones por planes reguladores, realización de actos de comercio y su habilitación mediante patentes municipales, reclamos por mejoras o accesión y su autorización previa a nivel de permisos de construcción a nivel municipal, responsabilidad civil contra profesionales y su antecedente o concurrencia con procedimientos administrativos sancionadores instruidos en sus respectivos colegios profesionales, etc.

Lo anterior revela cómo, en los juicios civiles, es más que probable la existencia de discusiones que, de una u otra manera, involucren temáticas administrativas que justifican al menos un conocimiento básico o subyacente de esta materia.

En tales supuestos, resulta claro que el acervo probatorio que puede resultar pertinente y conducente para el potencial establecimiento del marco fáctico que da sustento a la resolución del conflicto privado esté informado (al menos parcialmente) por elementos de origen público, de allí el pleno acierto del legislador procesal de incluir a los procedimientos administrativos como una variable más en la cual puede operar el mecanismo de prueba trasladada.

Existen diversas variedades de procedimientos administrativos. Las clasificaciones, distinciones y enunciaciones suelen ser versátiles a nivel doctrinal. Sin embargo, se podría indicar que las principales

categorías oscilan entre constitutivos o revisores, lineales o triangulares, conexos o independientes, generales o especiales y formales o informales. Se trata de una institución con múltiples manifestaciones, razón por la cual, acierta la doctrina nacional cuando la conceptualiza de forma amplia. Por ejemplo, para el profesor Jinesta Lobo, el procedimiento administrativo es: “la secuencia o concatenación de actos, actuaciones, formalidades u operaciones de trámite necesarias para la formación, exteriorización y eventual impugnación o ejecución del acto administrativo final o definitivo”. (2007, pp. 40-41).

Luego, para los efectos que aquí interesan, es importante aclarar que, normalmente a nivel de procedimiento administrativo, la Administración pública aparece como “jueza y parte”. Sin embargo, esto cambia medularmente en los denominados *procedimientos triangulares* donde aparece dilucidando conflictos entre dos partes en contradicción resultando —al decir del jurista español Jesús González Pérez— “ajena a la relación jurídica material o de fondo”. (Citado por Jinesta, 2007, p. 58).

Lo expuesto no persigue ningún vanidoso afán academicista, sino evidenciar el adecuado encuadre conceptual de una noción procedimental que es la que, en tesis de principio, puede ser más adecuada para su posterior traslado al proceso judicial en sede civil, pues, en este al igual que en aquel, es donde se va a encontrar la *efectiva participación* de dos partes privadas en conflicto. Es decir, emerge con mayor naturalidad la adecuada contradicción a nivel bilateral que es la exigencia configurativa que implícitamente exige el numeral 41.4.9, CPC.

No obstante, nuestro parecer es que, también eventualmente y dependiendo de las circunstancias, en los procedimientos administrativos lineales podría operar algún tipo de traslado de prueba, siempre y cuando la contraparte muestre su conformidad y se pueda garantizar su adecuada participación como exigencia plena del debido proceso y del derecho de defensa. En caso contrario, aquel medio probatorio no podría conservar su naturaleza e ingresaría al proceso como una potencial prueba documental, solución que, en Costa Rica, recogió el numeral 127 del Código Procesal Agrario y que, eventualmente, se podría aplicar análogamente para el proceso civil.

IV.G.- En una misma audiencia complementaria o única (los limitados —o quizá no tanto— márgenes de actuación frente al núcleo duro de la intermediación)

A nivel de práctica forense, surge la justificada duda asociada con aquellas audiencias de práctica probatoria que, una vez iniciadas, deben suspenderse por casos de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual de seguido amerita la incógnita relativa a la validez probatoria que pueden reportar los medios probatorios ya practicados de cara a su posterior incorporación y, por ende, utilización a nivel de debate que, en aquel mismo proceso, se reiniciará.

Para los efectos del proceso civil, podría pensarse que la discusión está resuelta con ocasión de la regulación dispuesta en el numeral 50.3, CPC (párrafo tercero) que, para tales efectos, dispone que, si la suspensión de una audiencia supera los cinco días y se afecta el principio de intermediación (que normalmente tiene cabida en la fase de práctica probatoria), esta no puede ser reanudada, siendo

necesario realizar una nueva, lo cual, en tesis de principio, significaría reiterar la práctica de los medios probatorios previamente dispuestos, sin perjuicio, claro está, de las posibles responsabilidades que puedan tener lugar.

De lo dicho, cabe sustentar una primera respuesta que, amparada en una concepción formal y literal de la norma procesal (aunque, al fin de cuentas, fundamentada), se puede traducir que aquella audiencia probatoria que se suspenda por más de cinco días hábiles deberá ser iniciada de cero, pues, por la inmediación procesal, esta no puede ser reanudada, generando como efecto procesal derivado, la nulidad de la audiencia inconclusa y, por tanto, la invalidez de los medios probatorios previamente practicados, puesto que, por los tiempos transcurridos, los medios probatorios no pueden ser incorporados al debate, excluyendo la operatividad de una posible prueba trasladada en el mismo proceso.

No obstante, tal visión podría generar algunas inconsistencias, por ejemplo, ¿qué pasa si en la prueba practicada que se deja sin valor, una parte procesal había obtenido respuestas (ya sea por declaración de parte, pericial o vía testimonial) que resultaban vitales para su teoría del caso y que, ahora en la nueva práctica probatoria, la contraparte debidamente preparada y, por ende, *anticipada* de la línea del interrogatorio expuesta marca una línea de defensa que excluye obtener tal resultado? Asimismo, ¿dónde queda la posible imparcialidad del tribunal, si en la nueva práctica probatoria, los y las declarantes o testigos narran una versión totalmente distinta de lo que ya previamente expusieron? Además, ¿qué lógica económica a nivel procesal tiene traer a los y las declarantes a decir exactamente

lo mismo que ya indicaron? O bien, ¿qué sucede, si en el ínterin de una suspensión por siete días hábiles (por ejemplo: a causa de un fenómeno atmosférico por una tormenta tropical), se muere un testigo clave que lógicamente no puede ser traído a la vida para que se presente a un nuevo juicio?, etc.

Una lectura del numeral 50.3, CPC (párrafo tercero) puede llevar al procesalista a nociones verdaderamente absurdas y contrarias a la visión instrumental del proceso civil. Deténgase por unos diez segundos, persona lectora y reflexione: ¿qué sentido tiene anular una práctica probatoria (para que sea repetida), si lo expuesto está debidamente grabado digitalmente? En esa orientación, ¿por qué no sería procedente trasladar aquella probanza a aquellos juicios, cuya suspensión supere los cinco días? Y, mejor aún, ¿cuál perjuicio se genera si, incluso, en la nueva audiencia, el tribunal incorpora y reproduce frente a las partes las grabaciones de lo previamente practicado a nivel probatorio para conservar su validez?

Sea como fuere —y aunque de paso nos ganemos lastimosamente algunas intrigas académicas—, la concepción del proceso que, en estas líneas prácticas, se expone nos lleva a justificar que tales posibilidades resultan factibles y que, por ende, la prueba trasladada no es incompatible con aquellas audiencias, cuya suspensión supere los citados cinco días hábiles.

En supuestos de justificada razonabilidad, la clave radica en la misma literalidad y sentido finalista e instrumental del numeral 50.3, CPC (párrafo tercero), en tanto, se entienda que la citación de una nueva audiencia para iniciar de cero requiere de la concurrencia de dos presupuestos configurativos, ya sea, por un lado, una suspensión mayor de cinco

días y, por otro, una afectación al principio de inmediación. Esto es, la “y” de la norma en mención es *copulativa* mas no *disyuntiva*; luego, si la aludida inmediación puede ser alcanzada por medios tecnológicos, si se garantiza la relación directa con los medios de prueba (conf. art. 2.7, CPC), es claro y contundente que la prueba no tiene por qué ser nuevamente reproducida y, al operar su incorporación (mediante el mecanismo procesal del traslado), se puede introducir al debate. Así la audiencia complementaria o, en su caso, única continuará con la evacuación únicamente de aquella prueba que otrora no haya sido evacuada.

Sin duda, la postura expuesta puede ser sumamente criticable, sin embargo, la consideración y técnica jurídico-procesal nos lleva a mantener su viabilidad, de cara, eso sí, a las reglas del diseño actual que presenta el proceso civil costarricense bajo la Ley N.º 9342. En otras materias, ideologías o modelos procesales, la respuesta podría ser divergente, pues, a fin de cuentas, el o la intérprete procesal no puede sustraerse tan abstractamente del marco normativo que terrenalmente lo sustenta.

V.- Conclusiones

A. El temor que se ha proclamado a nivel publicitario contra la prueba trasladada es injustificado. Las críticas y censuras se deben al desconocimiento de su operatividad configurativa. Sin embargo, una vez que se estudia, se comprende cómo su finalidad es generar un mecanismo potencializado de economía procesal que, siendo acorde con las exigencias del debido proceso, facilita en gran medida la realización del proceso y, por ende, la aplicación del derecho de fondo.

B. La prueba trasladada debe reconocer como un límite infranqueable la exigencia del derecho de defensa. La participación de las partes debe estar siempre presente. Las condiciones de cada caso serán las que determinen si aquel necesario control probatorio se presenta *a priori*, o bien, como una garantía *a posteriori*.

C. La constitucionalidad de la prueba trasladada está más que acreditada. Su compatibilidad radica en un entendimiento moderno de las manifestaciones del principio de inmediación procesal. Luego, su diseño normativo dispuesto en el numeral 41.4.9, CPC responde a las exigencias básicas que se requieren para su aplicación, sin esquivar, en algunos supuestos concretos, su posible interpretación complementaria con otras regulaciones, como la dispuesta para el Código Procesal Agrario en su numeral 127.

D. La prueba trasladada puede operar en diversidad de escenarios a nivel práctico. Las ejemplificaciones presentadas en esta investigación tienen un carácter enunciativo mas no comprensivo, ya que el derecho procesal vive en una realidad material cambiante que desborda cualquier caudal compuesto por tinta negra y páginas blancas.

VI.- Referencias

VI.A.- Doctrina

- Argüello, L. (2021). *Tendencias del proceso civil: 300 interrogantes respondidas*. Editorial Jurídica Continental.
- Bullard, A. (2002). Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del derecho en el Perú. *THEMIS: Revista de Derecho*. (44), 17-35.

Calabresi, G. (2011). Análisis económico del derecho y el derecho y economía en el sistema del *common law* y el derecho civil. *THEMIS Revista de Derecho*. (60), 361-366.

Couture, E. (2022). *Introducción al estudio del proceso civil*. Editorial Jurídica Continental.
Durán, R. (2011). La prueba trasladada. *Revista Judicial*. Poder Judicial de Costa Rica. (102), 189-200.

Jinesta, E. (2007). *Tratado de derecho administrativo. Procedimiento administrativo*. Tomo III. Editorial Jurídica Continental.

Jinesta, E. (2015). *Derecho procesal constitucional*. Editorial Guayacán.

López, J. (2018). *Curso de derecho procesal civil costarricense II: según el nuevo código (procesos de conocimiento)*. Edinexo.

Muñetones, I. (2018). La prueba trasladada en el sistema penal acusatorio y los postulados constitucionales. *Cuadernos de Derecho Penal*. (19), 117-156.

Nieto, A. & Gordillo, A. (2003). *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Editorial Trotta.

Peyrano, J. (2018). *La prueba difícil. Fuentes, medios y valoración de la prueba*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Satta, S. (1968). *Soliloquios y coloquios de un jurista*. Europa-América: Ediciones Jurídicas.

Taruffo, M. & Ferrer, J. (2021). Michele Taruffo: *in memoriam* /la Torre de Babel. *Revista Quaestio Facti*. (2), 09-12.

Torrealba, F. (2009). *Lecciones de contratos. Primera parte: Elementos del contrato*. Editorial Isolma.

Torrealba, F. (2011). *Responsabilidad civil*. Editorial Juricentro.

VI.B.- Jurisprudencia

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 000421-F-S1-2012 de las diez horas diez minutos del veintiocho de marzo de dos mil doce.

Tribunal Primero Civil de San José. Voto n.º 239-1C- de las trece horas del quince de marzo de dos mil doce.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 000315-F-S1-2011 de las nueve horas diez minutos del treinta y uno de marzo de dos mil once.

VI.C.-Normativa

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (8 de octubre de 2018). Código Procesal Civil [Ley N.º 9342, 2016] DO: Alcance 54 del Diario Oficial *La Gaceta* n.º 68 del 8 de abril de 2016.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (10 de abril de 1996). Código Procesal Penal [Ley N.º 7594, 1996] DO: Alcance 31 del Diario Oficial *La Gaceta* n.º 106 del 4 de junio de 1996.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (28 de abril de 2006). Código Procesal Contencioso Administrativo [Ley N.º 8508, 2006] DO: Alcance 38 A del Diario Oficial *La Gaceta* n.º 120 del 22 de junio de 2006.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (27 de septiembre de 2018). Código Procesal Agrario [Ley N.º 9609, 2018] DO: Alcance 19 del Diario Oficial *La Gaceta* n.º 28 del 12 de febrero de 2020.

LA DEFENSA LETRADA COMO SERVICIO PÚBLICO: RETOS PARA SU EFECTIVA SATISFACCIÓN EN MATERIA PENAL

Lic. Francisco Jiménez Solano*

RESUMEN

El objetivo de este artículo es abordar el derecho de defensa como un derecho fundamental, a partir de su protección en instrumentos nacionales e internacionales, su reconocimiento como elemento que integra el debido proceso y como garantía que permite la tutela efectiva de otros derechos con los que cuenta la persona imputada dentro de un proceso penal democrático. La vinculación del derecho de defensa con una asistencia letrada resulta, en esa tesitura, indispensable, pues, solo a través de una representación técnica, el derecho a la defensa alcanza plena vigencia. En un Estado social de derecho, la prestación de esta defensa letrada no puede quedar supeditada a la posibilidad de la persona imputada de sufragarla por sus medios, por lo que se reconoce, a nivel nacional, la garantía de una defensa pública gratuita en los casos que así se requiera. Esto permite dimensionar la defensa técnica como un servicio público para la tutela de intereses colectivos, tales como la tutela judicial efectiva y la defensa de poblaciones vulnerables en procesos penales. Sin embargo, al mismo tiempo, esta visión plantea retos en especial de cara al eficientismo del proceso penal y a las limitaciones presupuestarias que dificultan la correcta prestación del servicio, a partir de crecientes cargas de trabajo a las personas defensoras públicas.

Palabras clave: proceso penal, derecho fundamental, derecho de defensa, debido proceso, defensa técnica, servicio público.

THE RIGHT TO A DEFENSE LAWYER AS A PUBLIC SERVICE: CHALLENGES TO GUARANTEE ITS SATISFACTION IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

ABSTRACT

This article addresses the right of criminal defendants to a defense, as a Fundamental Right guaranteed in national and international law, its character as an element of due process, as well as its nature of allowing the guardianship and protection of other rights within the criminal justice system. The right to a defense can only be understood and effectively fulfilled through the right to a defense attorney. In a Democratic Republic, governed by the rule of law, the right to a criminal defense lawyer cannot be subdued to the defendant's economic capabilities, so free, public defense legal assistance is required as a right on its own. This allows to understand said right as a public service, to protect collective interests such as effective judicial guardianship and the legal representation of vulnerable populations. However, this vision presents certain challenges and endeavors, considering the "efficiency" model of the contemporary criminal process, the financial and budgetary limitations that restrain the adequate fulfillment of public services and the increasing workload and labor demand on public defenders.

Keywords: criminal process, fundamental right, right to a defense, due process, criminal defense attorney, public service.

Recibido: 30 de mayo de 2023

Aprobado: 22 de agosto de 2023

* Licenciado en Derecho con énfasis en Ciencias Forenses por la Universidad de Costa Rica. Estudiante de la Maestría en Ciencias Penales de la misma casa de enseñanza. Defensor público del 2016 al 2022. Abogado litigante en materia penal y asesor en *compliance* penal. Correo electrónico: fjimenezsolano@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Resulta difícil concebir un proceso penal democrático y de corte acusatorio sin el derecho de defensa; es decir, sin la posibilidad de la persona imputada de confrontar y contradecir la hipótesis del ente acusador, y de contar con representación letrada (de confianza o de oficio) para ejercer sus derechos y hacer valer sus intereses dentro del proceso. Se trata de un derecho y una garantía angular que permiten el resguardo y la protección de los demás derechos procesales y sustantivos.

El presente artículo pretende explorar el concepto del derecho de defensa y su vinculación necesaria con una defensa técnica de calidad. En un primer apartado, se analiza de forma general el derecho de defensa y se examina la protección y la tutela otorgada en la normativa nacional e internacional. En el segundo acápite, se desarrollan los alcances de la asistencia letrada y su carácter de servicio público, desde la concepción de una defensa técnica pública y gratuita, diseñada para reducir la desigualdad en el acceso a la Justicia dentro del proceso penal. Finalmente, en una última sección, se mencionan algunos retos que, dentro de este marco de concepción del derecho de defensa, se pueden vislumbrar.

1. EL DERECHO DE DEFENSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL: CONCEPTO Y PROTECCIÓN NORMATIVA

Vale la pena hacer un brevísimo repaso histórico del derecho de defensa, con el fin de

entender sus orígenes y por qué ha alcanzado una posición fundamental dentro del marco de garantías procesales. Javier Llobet señala que el derecho de defensa se encuentra presente en varios de los proyectos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Francia de 1789, aunque no aparece expresamente reconocido en el texto final¹.

No obstante, ya en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, del 12 de junio de 1776, se menciona el derecho del imputado a ser *careado con sus acusadores y testigos y a pedir pruebas a su favor*². Podría indicarse, entonces, que se reconoce aquí un derecho a la intimación y a la defensa en sentido material. Pero en la sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1791, sí se reconoce el derecho de toda persona acusada de tener la asistencia de un abogado para su defensa³.

El centro de análisis de este artículo es la defensa técnica o letrada. Sin embargo, no puede desarrollarse el concepto de defensa técnica sin primero definir el derecho de defensa, al menos de forma general. Ciertamente, el valor de ostentar representación letrada en un proceso penal se entiende solo con el fin de tener una posibilidad material de contestar una imputación y de ejercer una contradicción o contención a determinada pretensión punitiva.

En la sentencia del caso Ruano Torres vs. El Salvador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos define el derecho de defensa como una garantía procesal que

1 Javier Llobet Rodríguez. (2018). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Garantías Penales. San José: Editorial Jurídica Continental, 355.

2 Javier Llobet Rodríguez. (2014). Proceso penal comentado 5.ª ed. San José: Editorial Jurídica Continental, 72.

3 Javier Llobet Rodríguez. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Garantías Penales, 355.

se proyecta en dos facetas: la primera, la posibilidad del acusado de declarar libremente sobre los hechos en su contra, de discutir la prueba, de oponerse a la acusación y de proponer él mismo medios de prueba distintos; la segunda, el acompañamiento de un profesional en Derecho, quien lo asesora sobre sus derechos y deberes, pero, a la vez, ejecuta un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas y, en general, en el proceso penal⁴.

Esta concepción dual permite reconocer el derecho de defensa, como lo menciona Jaime Robleto Gutiérrez, a partir de un sentido lato, como una garantía del debido proceso y, en sentido estricto, como la oposición a la acción ante la jurisdicción⁵.

El derecho de defensa está expresamente reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A nivel constitucional, el artículo 39 reconoce la necesidad de brindarle a toda persona imputada en un proceso penal la oportunidad de ejercitar su defensa.

Los artículos 12 y 13 del Código Procesal Penal establecen la inviolabilidad de la defensa en cualquier etapa del procedimiento y desarrollan el derecho de marras de forma extensa, definiéndolo como “*el derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas*”. Asimismo, establecen la importancia de no coartar la

comunicación entre imputado y defensor, así como la presencia del representante letrado —sea este de fianza o público— en toda etapa del proceso desde el primer acto del procedimiento que lo señale como posible autor o partícipe.

De la tutela convencional, constitucional y legislativa del derecho de defensa, se pueden derivar algunas características esenciales. En primer lugar, es un derecho en sí, en tanto, puede ejercerse plenamente. Pero también es una garantía en el sentido de que constituye el mecanismo a través del cual se tutelan y ejercen otros derechos y posibilidades procesales (como, por ejemplo, el derecho a recurrir el fallo condenatorio). En segundo orden, se trata de un derecho que otorga amplias facultades a la persona endilgada, de ejercer contención a las posibles hipótesis acusatorias que se levanten en su contra. Además, permanece en el tiempo, no pudiendo suprimirse en ninguna etapa del proceso.

Pero quizá el aspecto fundamental del derecho de defensa es que es un elemento que integra el debido proceso. Tal afirmación no es solo una consecuencia lógica de lo que aquí se ha desarrollado, sino también tiene un reconocimiento expreso en la jurisprudencia constitucional y constituye su evidente raigambre axiológico.

En cuanto a lo primero, la Sala Constitucional le otorgó tal carácter desde el célebre voto 1739-92⁶, a partir del cual, incluso, se señala que no basta su reconocimiento formal, sino

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, p. 153.

5 Jaime Robleto Gutiérrez. (2013). El derecho de defensa penal como derecho fundamental. Heredia: Escuela Judicial, 47.

6 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1739 de las 11:45 horas del 1.º de julio de 1992.

que el ejercicio de la defensa debe ser pleno y eficaz, lo que implica:

el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio”, además de “la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan.

En relación con el fundamento axiológico del derecho de defensa, es claro que, en un proceso de corte acusatorio, es fundamental garantizarlo para asegurar el ejercicio del resto de derechos que se le otorgan a la persona imputada. Ciertamente, en un proceso inquisitivo, no parece esencial reconocerle a la persona encartada tal posibilidad.

De hecho, como lo menciona Llobet Rodríguez, en los sistemas procesales inquisitivos y en Estados autoritarios, existe (o ha existido) una tendencia a limitar la participación de la persona defensora, a procurar la confesión del acusado en atropello de su voluntad y a ejecutar actos procesales sin la participación de la defensa⁷.

Pero, en un sistema democrático y en un proceso garantista, carece de razón de ser que se pretenda el respeto de los derechos fundamentales de la persona imputada, si no se le garantiza una defensa efectiva. El derecho de defensa no es otra cosa que la puerta de entrada que otorga validez y vigencia al resto de derechos y garantías del debido proceso⁸.

Valga aquí rescatar la reflexión de Ferrajoli: el centro de todo proceso acusatorio, respetuoso de garantías, es la posibilidad de establecer un contradictorio, una dialéctica entre hipótesis acusatoria y defensiva. Es la facultad de ofrecer contrapruebas y, sobre todo, de hacerlo respetando el principio de inocencia. Ello solo es posible si el procedimiento investigativo se basa en el conflicto y lo respeta⁹. Tal concepción no elimina, evidentemente, la posibilidad de que quien se somete a un proceso no admita la comisión de un hecho punible, que no ofrezca pruebas o que no ejercite su facultad de declarar libremente. Pero si no se garantiza esa posibilidad, no existe un derecho de defensa efectivamente tutelado.

2. DEFENSA TÉCNICA Y CONCEPCIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO

Como se señaló con anterioridad de manera superficial, la defensa técnica es el derecho de la persona imputada a ser asistida y asesorada por una persona defensora, profesional en Derecho, que pueda ejercer en favor de sus intereses todos los derechos que

7 Javier Llobet Rodríguez. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Garantías Penales, 438.

8 Alberto Binder. (1993). Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 151. Citado por Diana Montero Montero. (2008). Democracia y Defensa Pública. San José: Poder Judicial, 221.

9 Luigi Ferrajoli. (1989). Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 613.

la normativa le confiere para la tutela efectiva de su derecho de defensa, en condiciones de igualdad de armas con la contraparte¹⁰.

Reconocido el carácter fundamental que se le otorga al derecho de defensa y la jerarquía de su protección normativa, puede hacerse el ejercicio de considerar que, así como el derecho de defensa es la garantía que permite la materialización del resto de derechos reconocidos dentro del proceso penal, la defensa técnica es la garantía letrada que procura impedir el irrespeto al derecho de defensa y, con ello, al debido proceso. Dicho de otra manera, sin defensa técnica, no pueden garantizarse una efectiva protección del derecho de defensa de la persona imputada, ni el respeto del debido proceso, ni la validez democrática de un proceso penal.

Corolario de lo anterior, la defensa técnica no solo tiene una relación directa con el artículo 39 constitucional, sino también con el 41, en tanto, es una garantía de acceso a la Justicia para la persona imputada.

Como lo destaca Leandro Despouy, la asistencia letrada es un elemento fundamental de la tutela judicial efectiva, requiriéndose que esta sea rápida, que se garantice la comunicación confidencial entre tutelado y defensor, y que sea gratuita cuando no se cuente con los medios para sufragarla¹¹.

Así se reconoce en el artículo 13 del Código Procesal Penal, al indicarse que la defensa técnica se garantizará a través de una persona defensora de confianza o de una defensora pública.

Una característica esencial que debe revestir el derecho de defensa en su dimensión de asesoría letrada es la igualdad de armas con el Ministerio Público (y con la parte querellante, en los casos donde se haya ejercitado esa facultad o en los procesos de acción privada). Esto le otorga otro fundamento constitucional más a la defensa técnica: el principio de igualdad. Para Ferrajoli, solo de esta manera puede colmarse el desequilibrio entre acusación y defensa¹².

Pero el principio de igualdad no trastoca el ejercicio de la defensa técnica solo en cuanto a su contraposición de intereses con el ente acusador. Es también el fundamento que permite comprender que, por su trascendental importancia, debe ser garantizada incluso si eso significa que el Estado deba costearla a la persona endilgada.

Ferrajoli recuerda, en cuanto a esto, las reflexiones previamente hechas por autores como Bentham y Carrara, para quienes la tutela de los inocentes y la refutación de pruebas constituyen funciones de interés público, no menos importantes que castigar al culpable y recolectar pruebas para tal efecto¹³.

10 Taissia Cruz Parceró. (2018). El derecho de defensa en el proceso penal acusatorio y oral. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N.º 7. <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/EL%20DERECHO%20DE%20DEFENSA%20EN%20EL%20PROCESO.pdf>, 246.

11 Leandro Despouy. (2008). Acceso a la Justicia: Impacto de la pobreza sobre los derechos humanos. En Defensa Pública: garantía de acceso a la Justicia. 1.ª ed. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf>, 119.

12 Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*, 584.

13 *Ibid.*

Se parte aquí de un presupuesto difícilmente discutible: por diseño, el proceso penal es desigual. Desde una concepción democrática y garantista, busca reducir las desigualdades selectivas propiciadas por el derecho penal, pero en la práctica resulta un instrumento a través del cual se materializa la selectividad del poder punitivo¹⁴.

Los ejemplos de esta desigualdad, discriminación y selectividad son vastos: el aumento de pena o la imposición de prisión preventiva para personas reincidentes o sobre quienes pesa un “peligro de continuidad delictiva” (art. 239, bis CPP); el acortamiento de plazos de estrategia de defensa en el procedimiento expedito de flagrancia (art. 424 CPP); la desigualdad en la aplicación de medidas alternas con contenido económico o en la concesión de beneficios en etapa de ejecución, sujetos al trabajo externo y a la contención familiar; y, evidentemente, el procesamiento casi expedito de delitos de bagatela y criminalidad común, en contraposición al entramamiento e incapacidad del aparato judicial para juzgar delincuencia compleja y no convencional, como los delitos económicos o el crimen organizado¹⁵.

Ante este escenario, destaca Ferrajoli, no puede soslayarse, sino que, por el contrario, debe reafirmarse con contundencia, el carácter universal de los derechos fundamentales. Ante un sistema selectivo y discriminatorio¹⁶,

las garantías procesales y penales no pueden quedar sujetas a las capacidades económicas del tutelado. Reconocer que el derecho de asistencia letrada es un lujo reservado a quienes puedan costearlo equivale a consagrar una desigualdad insuperable¹⁷ y resultaría en institucionalizar un proceso penal inherentemente clasista desde el derecho de defensa.

Por ello, la defensa gratuita y pública es la única que puede garantizar el respeto al principio de igualdad, al derecho de defensa y contribuir a reducir la brecha desigual y selectiva del derecho penal.

Valga aquí hacer un breve paréntesis. Ciertamente, una persona puede defenderse a sí misma dentro de un proceso penal, en tanto la legislación lo permita¹⁸. En Costa Rica, esta posibilidad está contenida en el artículo 100 del Código Procesal Penal. Pero, de ninguna manera, en esta previsión, podría descansar la protección a la defensa técnica para quienes no puedan pagar por un abogado de confianza.

Es aquí donde la dimensión de la defensa técnica como servicio público adquiere relevancia. Diana Montero destaca que todo servicio público tiene fundamento en los valores de democracia, bienestar común y solidaridad, desde una visión de Estado social de derecho¹⁹, y estos tienen como característica fundamental que, con dicho

14 Eugenio Zaffaroni. (2002). *Derecho penal. Parte general*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediar, 7.

15 Luigi Ferrajoli. (2008). La desigualdad ante la Justicia y la garantía de la Defensa Pública. En *Defensa Pública: garantía de acceso a la Justicia*. 1.ª ed. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf>, 78.

16 *Ibid*, 84.

17 *Ibid*, 86.

18 Diana Montero Montero y Alonso Salazar Rodríguez. (2013). Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Judicial*. N.º 110. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>, 118.

19 Diana Montero Montero. *Democracia y Defensa Pública*, 203.

servicio, se busca satisfacer un interés colectivo²⁰.

Así la Sala Constitucional lo ha reconocido al definir el servicio público como “*función nobilísima y fundamental para el mantenimiento de la paz y el bienestar de las personas*”, y lo deriva de los numerales 11 y 41 de la ley fundamental²¹.

Es ese carácter de servicio público el que permite conceptualizar la defensa técnica como inviolable, universal, gratuita (cuando no pueda ser costeadada por la persona imputada), y extensible a cualquier proceso penal y en cualquier etapa.

Y el hecho de que, a través de una asistencia letrada desprovista de interés de lucro, se satisfaga un interés público no implica de ninguna forma que la persona defensora técnica deba plegarse a la satisfacción del fin de averiguación de la verdad real que reviste el proceso penal, o de intereses más abstractos como la búsqueda de justicia. Su labor no se encuentra sujeta a un principio de objetividad, sino solamente a los confines de la ley en la consecución de buscar una resolución favorable a los intereses de su patrocinado²². Esto se desprende no solo del numeral 12 del Código Procesal Penal, sino también de la misma lógica y del carácter adversarial del proceso penal.

La defensa técnica, entonces, debe procurar el resguardo de los intereses y derechos del imputado, especialmente cuando esos intereses son contrarios a los de las demás

partes procesales e, incluso, cuando deban denunciarse actuaciones irregulares de otros contralores legalidad, como los tribunales, siempre respetando el deber de lealtad (art. 127 CPP), la ética de la profesión y la ley procesal penal.

3. RETOS PARA LA DEFENSA TÉCNICA COMO SERVICIO PÚBLICO Y EL EFECTIVO EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

Anteriormente, se mencionó que no basta la tutela formal y positiva del derecho de defensa para garantizarlo. Su protección efectiva implica no solo una asistencia letrada, sino también una defensa técnica efectiva y de calidad. Medir la calidad en el ejercicio del derecho, siendo este una obligación de medios y no de resultados, representa un reto en comparación con otras disciplinas del saber humano. Y el ejercicio de una defensa de calidad no tiene que ver solamente con la calidad del profesional que desempeña el cargo –aunque lógicamente esto resulta trascendental–.

Deben garantizarse las condiciones procesales e institucionales para una adecuada prestación del servicio. Como lo indica Luis Paulino Mora, debe garantizársele al defensor la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, el acceso a las pruebas y la posibilidad de combatirlas²³.

20 *Ibid.*

21 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 9941 de las 17:15 horas del 16 de diciembre de 1999.

22 Javier Llobet Rodríguez. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Garantías Penales*, 441.

23 Luis Paulino Mora Mora. (2011). *Garantías derivadas del debido proceso*. En *Derecho procesal penal costarricense*. San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 37.

De igual forma, quien ejerce la defensa técnica debe comparecer a las audiencias, establecer canales de comunicación con el imputado, diligenciar de forma eficiente los medios de prueba necesarios, preparar su estrategia para cada etapa del proceso y ejercer los mecanismos recursivos cuando así resulte procedente, entre otras funciones que debe ejecutar con eficiencia²⁴.

Sin las condiciones adecuadas, pueden ocurrir escenarios como los que, en reiteradas ocasiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido como violaciones al derecho de defensa. Entre ellos, puede mencionarse el caso *Tibi vs. Ecuador*²⁵ donde se acreditó que el defensor asignado al tutelado no lo visitó, ni intervino activamente en su defensa.

También en el caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, se estableció que nombrar un defensor público con el fin de satisfacer una obligación formal no garantiza efectivamente el derecho de defensa²⁶, y se acreditó que la defensa asignada al tutelado lo colocó en un estado de indefensión.

Ciertamente, un mero desacuerdo de la persona imputada con la persona defensora no implica una falta de comunicación ni un estado de indefensión. Se trata de actuaciones manifiestamente negligentes en las que la persona profesional inobserva sus deberes dentro del proceso.

Garantizar institucionalmente un modelo de defensa pública que garantice una tutela adecuada del derecho de defensa y que brinde un servicio público de calidad resulta entonces una tarea que debe anteponerse a complicaciones de índole presupuestario, a presiones externas y al diseño mismo del proceso penal que, como se indicó, tiende a la desigualdad. Alcanzarlo representa un logro para el Estado social de derecho.

El modelo de defensa pública costarricense ha sido reconocido internacionalmente como de alta calidad y excelencia, luego de sus más de cincuenta años de existencia²⁷. Sin embargo, su desempeño fue intensamente cuestionado a partir de la publicación del *Segundo informe del estado de la Justicia*, del Programa Estado de la Nación, en el 2017. El estudio estadístico allí realizado concluyó que, en causas juzgadas en el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José para un 70% de los delitos, existían mayores probabilidades de condena cuando el imputado era defendido por un representante de la Defensa Pública²⁸. También, entre los años 2011 al 2015, se observó un aumento en las causas que tramitaba cada defensor público en materia penal, con un promedio de entre 280 y 300 expedientes.

Más allá de los cuestionamientos por parte de la exdirección de la Defensa Pública

24 Taissia Cruz Parceró. *El derecho de defensa en el proceso penal acusatorio y oral*, 263.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, prg. 194.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, prg. 157.

27 Diana Montero Montero. *Democracia y Defensa Pública*, 21.

28 Programa Estado de la Nación. (2017). *Segundo informe estado de la Justicia*. 2.^a ed. San José: CONARE, 228.

a la metodología del estudio²⁹, y de que estos puedan extrapolarse al resto del país, el informe también evidencia que la participación de la Defensa Pública en el presupuesto del Poder Judicial es de menos del 10%, pese a que, en años recientes, se le han otorgado competencias y obligaciones en procesos de naturaleza laboral, de familia, pensiones alimentarias, agraria e indígena³⁰, sin dejar de lado la asignación de recurso humano para la atención de procedimientos expeditos de flagrancia, a partir de su creación en el 2008.

La respuesta de la entonces jefatura de la Defensa Pública al *Informe estado de la Justicia*³¹ pareció dejar de lado la principal arista arrojada por el estudio: la creciente y descontrolada carga de trabajo sobre las personas defensoras públicas afecta, sensiblemente, la calidad del servicio público que estas brindan.

La realidad es que el crecimiento del aparato judicial y del circulante en materia penal no se corresponde con un crecimiento presupuestario y de recurso humano acorde, lo que se evidencia en el funcionamiento de instituciones como la Defensa Pública. Las funciones que debe desempeñar una persona defensora pública para garantizar la efectiva tutela del derecho de defensa y de los intereses de las personas usuarias requieren tiempo, trabajo intelectual y una atención

personalizada, los cuales se ven afectados por una alta carga de trabajo.

De igual forma, el creciente circulante de asuntos empuja al proceso penal hacia corrientes “eficientistas”. La creación del procedimiento expedito de flagrancia, como se señaló, generó la positivización de que, para estos casos, el o la profesional debía preparar su estrategia de defensa en veinticuatro horas. Si bien, en la práctica, se brinda un poco más de espacio por cuestiones de agenda, preparar una estrategia de defensa coherente, aunque sea en un asunto sencillo, en cuestión de días, representa una tarea difícil que termina por impactar la calidad del servicio y la atención.

Para una persona profesional en Derecho, pretender la atención personalizada y de calidad de más de trescientas personas, cada una con un proceso penal que puede implicar su privación de libertad, multas o serias consecuencias en su vida laboral y personal, es una tarea imposible. La atención de visitas carcelarias, citas presenciales o virtuales a la persona usuaria, la recolección de prueba, entrevista a testigos, preparación de audiencias y debates complejos y la confección de recursos de apelación de sentencia son labores impostergables para la persona defensora. Evidentemente, no es sorprendente que, con una altísima carga de trabajo, sea imposible satisfacer estas necesidades.

29 Redacción Universidad. (19 de abril de 2017). En Costa Rica nadie conoce la carga de trabajo que asume cada defensor público. *Semanario Universidad*. San José, Costa Rica. Disponible en: <https://semanariouniversidad.com/bloque1/costa-rica-nadie-conoce-la-carga-trabajo-asume-defensor-publico/>.

30 Programa Estado de la Nación, 235.

31 Fernández Sanabria, Alejandro, Miranda Picado, Hulda. (26 de abril de 2017). Respuesta de periodistas a Defensa Pública. *Semanario Universidad*. San José, Costa Rica. Disponible en: <https://semanariouniversidad.com/opinion/respuesta-periodistas-defensa-publica/>

Estos no son los únicos retos que enfrenta una visión de defensa técnica como servicio público en el aseguramiento de una adecuada protección del derecho de defensa y del debido proceso. Pero, ciertamente, son los más urgentes, y la realidad judicial así lo evidencia. Paradójicamente, la falta de atención a estas problemáticas y el abandono de las personas defensoras públicas a su suerte con una carga de asuntos que crece exponencialmente ponen en riesgo no solo la calidad del servicio público, sino también los mismos derechos que, en su concepción, una Defensa Pública busca proteger.

CONCLUSIONES

La concepción de la defensa técnica en un proceso penal como un servicio público ha permitido garantizar que esta sea gratuita cuando la persona imputada no pueda pagar por una persona defensora de confianza y, a la vez, que sea de calidad, aparejada con principios rectores de los servicios públicos como la eficacia. La tutela de derechos y garantías en el marco del proceso penal no podría dejarse al arbitrio del mercado o de intereses privados, por lo que el diseño de una institucionalidad que garantice una adecuada prestación de una defensa técnica es medular.

Sin embargo, así como no basta el simple nombramiento de una persona defensora para garantizar el derecho de defensa, tampoco basta la existencia de la Defensa Pública para garantizar igualdad en el proceso penal. Este factor no solo depende de la calidad de profesionales en Derecho que prestan el servicio, sino también de la carga laboral a la que son sujetos, de las herramientas con las que cuentan y de la respuesta del sistema de justicia y su orientación ideológica.

En un sistema que dice ser de corte democrático y garantista, pero en el que constantemente se da espacio a voces de eficientismo, a partir de limitaciones presupuestarias y de recurso humano, no puede esperarse un servicio de alta calidad. Supeditar la calidad de la justicia y de la defensa técnica a recursos limitados es un juego peligroso que pone en riesgo las conquistas del proceso penal democrático que, definitivamente, resulta un termómetro del resto de garantías sociales y ciudadanas.

En esta concepción ideológica del derecho de defensa como derecho fundamental y de la Defensa Pública como garante de ese (y otros) derechos, no pueden olvidarse los sectores sociales vulnerables ni las poéticas e inspiradoras palabras del juez David Gersten en su voto disidente en la Corte de Apelaciones de Florida, dentro del fallo *Hightower vs. State*, del 10 de diciembre de 1991:

El Defensor Público personifica la razón por la cual muchos entran a la Facultad de Derecho. No buscan fama o fortuna, sino el mayor nivel de satisfacción profesional al representar a quienes más necesiten representación legal.

Los Defensores Públicos luchan en solitario, armados solamente con su ingenio, su entrenamiento y su dedicación; inspirados por la esperanza, fe y confianza. Son los guerreros y valquirias de aquellos desesperados y urgidos, en necesidad de un paladín. Los Defensores Públicos, al proteger a los oprimidos y a los pobres, los salvaguardan del quebranto de sus Derechos Fundamentales y al hacerlo, en realidad, nos protegen a todos.

A esto debe agregarse que la vocación de la persona defensora pública, su tozudez, dedicación, ingenio y convicción son valores esenciales, pero no son suficientes para enfrentarse al poder punitivo en resguardo de los intereses de la persona imputada. Se requerirá siempre fortaleza a nivel institucional y estructural.

El derecho de defensa como el resto de los derechos y garantías reconocidos en el proceso penal podrán permanecer positivizados en la normativa nacional e internacional. Pero retos como los aquí señalados amenazan con vaciarlas de contenido y, de paso, dinamitar la parte democrática y garantista del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

Binder, Alberto. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ruano Torres vs. El Salvador*. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Sentencia del 7 de setiembre de 2004. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Cruz Parceró, Taissia. (2018). El derecho de defensa en el proceso penal acusatorio y oral. *Revista del Centro de*

Estudios Constitucionales. N.º 7 237-267. Disponible en: <https://pjenlinea3.poderjudicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/EL%20DERECHO%20DE%20DEFENSA%20EN%20EL%20PROCESO.pdf>

Despouy, Leandro. (2008). Acceso a la Justicia: Impacto de la pobreza sobre los derechos humanos. En: *Defensa Pública: Garantía de acceso a la Justicia*. 1.ª ed. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Fernández Sanabria, Alejandro; Miranda Picado, Hilda. (26 de abril de 2017). Respuesta de periodistas a Defensa Pública. *Semanario Universidad*. San José, Costa Rica. Disponible en: <https://semanariouniversidad.com/opinion/respuesta-periodistas-defensa-publica/>

Ferrajoli, Luigi. (2008). La desigualdad ante la Justicia y la garantía de la Defensa Pública. En: *Defensa Pública: garantía de acceso a la Justicia*. 1.ª ed. (Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Ferrajoli, Luigi. (1989). *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, Llobet Rodríguez, Javier. (2018). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Garantías Penales*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, Javier. (2014). *Proceso penal comentado*. 5.ª ed. San José: Editorial Jurídica Continental.

Montero Montero, Diana; Salazar Rodríguez, Alonso. Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Judicial*. N.º

110 (2013), 101-127. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>.

Montero Montero, Diana. (2008). *Democracia y Defensa Pública*. San José: Poder Judicial.
Mora Mora, Luis Paulino. (2011). Garantías derivadas del debido proceso. En *Derecho procesal penal costarricense*. San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Programa Estado de la Nación. (2017). *Segundo informe estado de la Justicia*. 2.^a ed. San José: CONARE.

Redacción Universidad. (19 de abril de 2017). En Costa Rica nadie conoce la carga de trabajo que asume cada defensor público. *Semanario Universidad*. San José, Costa Rica.

Disponible en: <https://semanariouniversidad.com/bloque1/costa-rica-nadie-conoce-la-carga-trabajo-asume-defensor-publico/>.

Robleto Gutiérrez, Jaime. (2013). *El Derecho de defensa penal como derecho fundamental*. Heredia: Escuela Judicial.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1739 de las 11:45 horas del 1.º de julio de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 9941 de las 17:15 horas del 16 de diciembre de 1999.

Zaffaroni, Eugenio. (2002). *Derecho penal. Parte general*. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediar.

LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS Y LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN

MS.c. Lissette Córdoba Quirós*

RESUMEN

Desde la antigüedad, tanto los productos agrícolas como los alimentos reciben el nombre del lugar donde se producen, fabrican o elaboran. Esto se hace para reflejar la riqueza de las tierras donde se cosecha el producto o para resaltar la forma destacada en que los artesanos o agricultores desarrollan sus productos en una región específica. Las condiciones que diferencian estos productos de otros, es decir, otorgar al producto cualidades de excelencia confieren al artículo un valor y notoriedad especial. Debido a estos atributos, los productores encuentran una gran necesidad de identificar sus productos con una marca específica. Estas marcas rastrean el producto hasta ubicaciones geográficas específicas que le dan al artículo rasgos particulares y renombre en función de esa ubicación de origen y que lo hacen reconocible entre artículos de naturaleza similar. Este proceso se refleja en el derecho en la categoría de la propiedad intelectual. Esto transforma un producto simple en una experiencia para la persona consumidora, al darle al artículo un vínculo geográfico.

Palabras clave: Denominación de origen, indicación geográfica, marcas, propiedad intelectual, medio geográfico, vínculo geográfico, productos agrícolas, productos alimenticios.

ABSTRACT

Since ancient times, both agricultural products and food have been named after the place where they were produced, manufactured or processed. This is done to reflect the richness of the land where the product was grown, or to highlight the prominent way in which artisans or farmers develop their products in a specific region. The conditions that differentiate these products from others, that is, granting the product qualities of excellence, give the article a special value and notoriety. Due to these attributes, producers found a great need to identify their products with a specific brand. These brands trace the product to specific geographic locations that give the item particular traits and renown based on that location of origin. and that make it recognizable among articles of a similar nature. This process is reflected in the Law in the category of intellectual property. This transforms a simple product into a consumer experience by giving the item a geographic link.

Keywords: Appellation of origin, geographical indication, brands, intellectual property, geographic means, geographical link, agricultural products, food products.

Recibido: 8 de junio de 2023

Aprobado: 22 de agosto de 2023

* Jueza y máster en Administración de Justicia con Énfasis en Material Civil. Correo electrónico: lcordobaq@poder-judicial.go.cr

1. Ideas preliminares

Conferirles a los productos agrícolas y alimenticios el nombre de su lugar de producción, fabricación o elaboración data de tiempos antiguos, esto con ocasión de la bondad de las tierras donde se produce un bien específico o de la habilidad de algunos artesanos o agricultores en su producción. Con ello, se ha pretendido otorgar al producto un valor especial y cierto grado de diferenciación.

Es entonces que, desde tiempos inmemorables, se reconocía que el producto distinguido refería cualidades, calidad y reputación propias y, a su vez, se encontraba ligado a su lugar de origen como derivación de factores, tales como el suelo, el clima y tipos de vegetación que lo hacían especial. Asimismo, tenía a su vez injerencia en su producción, los factores históricos y culturales como métodos de producción y transformación de los productos.

Con el transcurso del tiempo, surgió en los comerciantes la necesidad de identificar sus productos con marcas, las cuales en su mayoría aludían al lugar de procedencia donde eran elaborados. Esto les permitía no solo otorgar información sobre el origen geográfico del producto, sino también sus cualidades derivadas de su origen, otorgando elementos de selección frente a otros productos de igual naturaleza.

Como consecuencia de esta pretendida individualización de productos, se empiezan a generar conflictos entre “Aquellos que deseaban conservar un derecho adquirido gracias a las condiciones climáticas particulares, al tipo de suelos y la forma de cultivar los productos o de fabricarlos y, de otra parte, aquellos que se esforzaban, sin razón ni derecho para utilizar injustamente

las denominaciones usurpadas a fin de sacar un provecho legítimo”, (Rojas, 2001, p.6).

Es así como las comunidades adquirieron gradualmente una mejor reputación de sus productos y, a su vez, un valor agregado por la fama que se adquiría de ellos, debido a su relación con la procedencia del bien.

Fue entonces que, a finales del siglo XIX, nacen los convenios internacionales, los cuales disponen mínimos que inician prohibiendo los indicadores de procedencia falsas o engañosas en el comercio. Además, se les otorga a los habitantes del país perjudicado la facultad de accionar contra aquellos que infringen dicha prohibición. También, países como Francia, Alemania, España e Italia empiezan a divulgar la importancia de las denominaciones de origen como parte de su patrimonio nacional.

Consecuentemente dentro de sus fronteras, establecen normas internas como sistemas de protección de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, a fin de establecer distinciones en sus productos de conformidad con las cualidades regionales singulares que los especializaban.

Para inicios del siglo XX, Europa promulga al mundo lo relevante de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas para el comercio interno y externo de cada país.

Paralelamente a las nuevas regulaciones referentes a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, países como España, Portugal, Francia e Italia se dan la tarea de regular de manera conjunta este instituto, abarcando no solo la tutela de los vinos y bebidas espirituosas, sino también de productos agrícolas y alimenticios.

En la actualidad, la mayoría de las legislaciones protegen con normativa

especial las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas mediante diferentes normas que se contemplan dentro del derecho intelectual, específicamente como materia de propiedad intelectual. Esta normativa protege a la persona consumidora para saber quién produce y comercializa estos productos especiales de alto valor por sus cualidades, y quién cumple con el estricto respeto del principio de veracidad informativa y publicitaria, y con ello evitar que las personas sean engañadas o defraudadas o inducidas a error.

2. Concepto de indicación geográfica

Se define en el artículo 5.1 del Reglamento del Parlamento Europeo y de Consejo N.º 1151-2012 del 21 de noviembre de 2012:

el nombre de una región, de un lugar determinado o en casos excepcionales, de un país, que sirve para designar un producto agrícola o alimenticio que sea originario de esa región, lugar o país y, además, posea una cualidad determinada, una reputación

u otra característica que pueda atribuirse a dicho origen geográfico, y cuya producción, transformación o elaboración sea realicen en la zona geográfica delimitada.

En tanto, en el artículo 22.1. del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en lo sucesivo ADPIC), donde se reconoce como un elemento del derecho de propiedad intelectual, se define las que “identifiquen un producto originario del territorio de un miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico”.

De las anteriores definiciones, se colige que las indicaciones geográficas son signos que se utilizan para productos que tienen un origen específico, y sus cualidades devienen de una reputación que deriva de su lugar de origen. Las indicaciones geográficas pueden clasificarse de acuerdo con su composición y sus funciones, de la siguiente manera:

Por su composición		Por sus funciones	
*I.G. Directas	*I.G. Indirectas	Indicaciones de Procedencia	Denominaciones de Origen
Formadas por los nombres o denominaciones que la cultura de amplios sectores de la población humana individualizan un lugar, zona, región o país determinado. Ej. Ribeiro, Rioja, etc.	Consisten en signos, figuras o símbolos que, sin incluir el nombre o denominación con el que es designado un lugar, localidad, región, etc., identifican para el público en general esos espacios geográficos: Ej. La bandera de un país, el diseño de un edificio, etc.	Son indicadores cuya función consiste en informar sobre el lugar en que el correspondiente producto es extraído, producido, cultivado o elaborado. Ej. Pimientos de Astorga, granito de Os Ancares.	Son indicaciones geográficas directas que, además de proporcionar información sobre la procedencia geográfica del producto, suscitan en la mente del público la idea de que el producto de que se trate concurren ciertas características que devienen del lugar geográfico del mismo. Ej. Pimientos de Padrón, Queso de Arzúa.

*IG. Indicaciones Geográficas. **Fuente: Botana Agra (2001, p.19).

3. Concepto de denominación de origen

Generalmente, cada zona de un país cuenta con condiciones humanas particulares, como lo es la especialización a través del tiempo de un determinado arte u oficio transmitido de generación en generación. Asimismo, cuenta con la ejecución de procesos especiales que la naturaleza del lugar posee, como, por ejemplo, el tipo de suelo, la temperatura, la humedad entre muchos elementos que conjugados otorgan materias primas de calidad que hacen que un bien adquiera notoriedad.

Estas características o calidades exclusivas son las que hacen que un producto conforme propiedades singulares debidas al lugar donde fue extraído, producido o cultivado, y lo hace más atractivo para la persona consumidora en el tráfico mercantil.

El autor Jorge Otamendi conceptualiza la denominación de origen de la siguiente manera:

se define como el nombre geográfico (de una región, de un lugar determinado o , en casos excepcionales, de un país) que sirve para designar un producto originario del territorio al que corresponde ese nombre, y que posea una cualidad determinada una reputación u otra característica que pueda atribuirse a dicho origen geográfico, y cuya producción y/o transformación y/o elaboración se realicen en la zona geográfica delimitada. (2001, p.188).

En tanto, de acuerdo con el Arreglo de Lisboa, se define como “la denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad que sirva para designar un producto originario del mismo y cuya calidad o características se deben exclusivamente al medio geográfico,

comprendidos los factores naturales y los factores humanos”. (Artículo 2.1.).

De esta definición, según Ortega Samayao (2010, p. 29), se sustraen tres elementos:

- **La denominación debe ser la denominación geográfica de un país, de una región o localidad:** Es decir, la denominación debe existir como nombre de una entidad geográfica o política reconocida según la cartografía geográfica oficial de un país.
- **La denominación debe servir para designar un producto originario del país, región o localidad designada:** En este sentido, la denominación tiene un doble significado: es el nombre del lugar geográfico preexistente y, a la vez, designa de manera especial al producto originario de dicha región, ya que implica específicamente los productos originarios del lugar de origen con las cualidades que incorpora.

Se hace alusión al nexo cualitativo que debe existir entre el producto y la zona geográfica designada. La calidad o las características del producto deben atribuirse exclusivamente al medio geográfico. Por el contrario, si las cualidades no pueden atribuirse esencialmente al medio geográfico, la designación no constituiría una denominación de origen, sino una indicación geográfica de procedencia simple. El medio geográfico abarca los factores naturales (clima, nivel de PH del suelo, sistemas de hidrografía, entre otros) y los factores humanos (tradiciones profesionales o culturales particulares de los productos trabajadores o artesanos de la zona geográfica delimitada, incluyendo también sus sistemas propios de producción entre otros).

Existen dos similitudes entre la denominación de origen y las indicaciones geográficas:

a. En ambas, el nombre que las caracteriza tiene que ser un nombre geográfico identificativo de una región, lugar determinado o país.

b. En ambas, se requiere el vínculo territorial del producto con el área geográfica delimitada, la cual refiere su procedencia u origen y a su producción, transformación o elaboración.

4. Diferencias entre dominación de origen e indicación geográfica

A pesar de que existen marcadas diferencias entre ambos conceptos, en varios casos se ha utilizado indistintamente, lo cual ha producido confusión tanto en ámbitos nacionales como a nivel internacional, sin dejar de lado que ambos institutos reciben en los textos jurídicos nacionales y supranacionales el mismo nivel de protección.

Se determinan las siguientes diferencias:

1. En la indicación geográfica, el producto debe ser denominado con su respectiva denominación geográfica. Puede estar compuesta, al menos, no solo por nombres o denominaciones geográficas, sino también por signos como imágenes y dibujos, símbolos, etc. Mientras, en la denominación de origen, puede estar compuesta, al menos, no solo por nombres o denominaciones geográficas, sino además por signos como imágenes y dibujos, símbolos, etc.
2. En la indicación geográfica, existe un vínculo intenso y estrechamente

unido al medio geográfico, donde las cualidades específicas del producto derivan exclusiva y esencialmente a factores naturales y/o humanos de ese lugar geográfico. Mientras, en la denominación de origen, la relación cualitativa entre el producto y el respectivo medio geográfico es más tenue y difusa, no dependiendo sustancialmente de ese medio geográfico para ser reconocido.

3. Por último, en la indicación geográfica, todas las etapas (producción, transformación y elaboración) deben realizarse en la zona geográfica delimitada. En las denominaciones de origen, con tan solo que se realice una de las etapas (de producción, transformación o elaboración) debe realizarse en la zona geográfica delimitada.

Los autores Fernández Nova, Otero Lastres y Botana Agra (2010, p. 887) refieren al respecto de las diferencias que se establecen entre ambos conceptos que:

Como fácilmente se aprecia, la diferencia conceptual entre Denominaciones de Origen y la Indicación Geográfica radica en el grado o nivel de vinculación de la calidad y características del producto con el área geográfica correspondiente de su procedencia; vinculación que en la Indicación Geográfica corresponde de su procedencia; vinculación que en la Denominación de Origen es más débil menos intensa que en la Denominación de Origen. En cualquier caso, la necesidad de que en ambas figuras concursa el doble vínculo (territorial y cualitativo) del producto con la zona geográfica delimitada, imprime a las

mismas rasgos caracterizadores que las diferencian de otros signos distintivos de productos en el mercado, como pueden ser las marcas, incluidas las marcas colectivas y de garantía, las denominaciones genéricas y específicas.

5. Aspectos adicionales de la denominación de origen

Es relevante en este punto adicionar algunos aspectos para profundizar en la denominación de origen, dentro de estos, la naturaleza jurídica. Se rigen por el derecho de propiedad intelectual y, mediante sus regulaciones, se confieren dos tipos de derecho:

a. La facultad de utilizar la invención, diseño o signo que lo distingue.

b. Confiere el derecho a prohibir que un tercero utilice la figura tutelada.

En cuanto al objeto tutelado, a partir del artículo 22 de la ADPIC, se puede comprender que es la designación del “[...] territorio de un Miembro o de un territorio o localidad de ese territorio [...]”. De esta manera, se colige del artículo 2.1. del Arreglo de Lisboa que el objeto a tutelar en este instituto jurídico es “la denominación geográfica de un país, de una región o una localidad [...]”.

Pese a estas definiciones, es importante destacar que no cualquier nombre geográfico debe ser tutelado por este tipo de figuras, sino aquellos que efectivamente cumplan con los requerimientos normativos debidos.

En relación con los sujetos del derecho de titularidad, depende de la legislación interna de cada país. Se divide en dos derechos: uno el titular (propietario) y otro quien ostente la titularidad del derecho de utilizar

esa denominación comercialmente. Las características de cada uno de estos son las siguientes:

a. La titularidad del propietario: Las denominaciones de origen son en la mayoría de legislaciones, aunque no en todas bienes públicos que pertenecen a la colectividad nacional o regional, dependiendo del caso, siendo estos inalienables e imprescriptibles y la respectiva tutela les compete a las autoridades públicas o al Estado, esto con ocasión de ser consideradas patrimonio nacional.

b. La titularidad de comercialización de una denominación de origen: Se puede otorgar a personas o entidades que cumplan con la respectiva normativa nacional y la reglamentación que se deba aplicar a cada denominación.

En el artículo 2 de La Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos de Costa Rica define las marcas colectivas como: “Signo o combinación de signos cuya titularidad es una entidad colectiva que agrupa a personas autorizadas por el titular de la marca”.

Como antes se indicó, en cuanto a las denominaciones de origen, la titularidad generalmente le corresponde al Estado, el cual mediante concesión debe facultar para el uso a productores de una zona o región geográfica determinada, la utilización de estos signos distintivos como usufructuarios de un bien homogenizado, dentro de un espacio geográfico, siempre y cuando estos productores cumplan con todos y cada uno de los requisitos y procedimientos ya establecidos para dicha concesión.

En cuanto a la duración, de conformidad al ordinal 79 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos de Costa Rica, el registro:

[...] tendrá duración indefinida. Podrá ser modificado en cualquier momento cuando cambie alguno de los puntos referidos en el primer párrafo del artículo 78 de esta ley. La modificación del registro devengará la tasa establecida y se sujetará en cuanto corresponda al procedimiento previsto para el registro de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas.

El alcance de la protección se puede observar desde la perspectiva nacional e internacional. A nivel nacional, se destacan tres aspectos:

1. Protección de competencia desleal: *Tiene como fin la prevención o contener aquellos actos deshonestos que se realicen en el comercio. Asimismo, se tutela que estos actos sean resarcidos por aquellos daños que se hayan podido causar.*

2. Protección jurídica legal nacional: *Varios países han promulgados normas legales internas y, a su vez, se han adscritos a regulaciones internacionales con el propósito de diferenciar sus productos y que estos sean tutelados.*

3. Protección vía registro o declaración: *Esta es conferida por el Estado a través de la autoridad competente mediante un registro o inscripción oficial.*

En el ámbito internacional, hay dos aspectos relevantes que se deben mencionar:

I. Por registro internacional: Este se encuentra su fundamento en los numerales 3, 6 y 7 del Arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional (en lo sucesivo ALDO). No obstante, los países que integran este registro deben proteger en sus territorios las denominaciones de origen reconocidas e inscritas en el país de origen, las cuales, a su vez, deben inscribirse ante el Registro de la OMPI, para lo cual se deben cumplir ciertas condiciones y ajustarse a las formalidades requeridas.

II. Por negociación internacional: Esto ha permitido una protección y reconocimiento de mayor alcance para las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas.

6. Denominación de origen e indicación geográfica en el derecho internacional

a) Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)

Este instrumento internacional está conformado por el marco mínimo de protección en materia de propiedad intelectual, y los países que pertenecen a la Organización Mundial de Comercio lo deben considerar en su legislación interna. “[...] Su origen se debe, fundamentalmente, al interés en establecer un marco jurídico homogéneo y eficaz para la protección de las creaciones del intelecto, con el objeto de eliminar las distorsiones al comercio internacional de mercancías debidas en gran parte, al incremento del comercio de

productos falsificados y productos pirata [...]”. (Chatara, 2013).

b) El Arreglo de Lisboa relativo a las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional (ALDO)

Fue adoptado en 1958 y revisado en Estocolmo en 1967. Entró en vigor el 25 de septiembre de 1966. Es administrado por la OMPI. A través de este organismo, el Registro Internacional de las Denominaciones de Origen se mantiene actualizado.

Una de las características relevantes de este Arreglo es que aporta la primera definición de denominación de origen en un acuerdo internacional.

El Arreglo de Lisboa se llevó a cabo para responder a la necesidad de establecer un sistema internacional que facilitara la protección de una categoría particular de estas indicaciones geográficas denominadas “ denominaciones de origen” en países distintos a los países de origen, mediante su registro en la Oficina Internacional de la OMPI. (2.- www.oiv.int).

Como punto importante que se debe destacar en cuanto a la naturaleza del producto que se protege mediante ALDO, no es necesario que sea agrícola, ya que puede ser de diversa naturaleza: cerveza, pan, una, lenteja, tela, instrumentos musicales, jamón, tabaco, ensaladas de hortalizas en conserva, etc. Para mayor detalle, se presenta un cuadro de los productos conocidos, debidamente certificados como Denominación de Origen que se encuentran inscritos en el Registro Internacional de Administra la OMPI.

c) El Convenio de París para la Protección de Propiedad Industrial (CUP)

En 1883 (modificado por última vez en 1979), teniendo como propósito que sus mismos ciudadanos obtuvieran protección en estado extranjeros, once Estados conformaron la Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, firmado el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Este tratado multilateral es administrado por la OMPI.

Conforme las disposiciones de propiedad industrial, el CUP protege las indicaciones de procedencia y de denominaciones de origen a través de la competencia desleal, esto es, de manera indirecta por medio de las indicaciones falsas de procedencia. Específicamente en el artículo 10, inciso1) de este Tratado, se encuentra establecido que los países signatarios tienen la obligación “[...] de tomar medidas concretas, como el embargo de frontera o en el interior del país y la prohibición de importación para impedir y/o prohibir el comercio de productos utilizando una indicación falsa de procedencia”. Esta prohibición contempla el uso de indicaciones falsas directas (nombre de un lugar determinado) y, a su vez, indicaciones falsas indirectas, tales como adjetivos, figuras, símbolos o imágenes que denotan una falsa procedencia. También se prohíbe su uso de publicidad o literatura comercial.

El texto original no contenía disposiciones sobre las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen, sino hasta en la revisión de la Haya en 1925 cuando se incorporaron las primeras referencias en cuanto a estos institutos, como objeto de la protección otorgada por la propiedad

industrial. Sin embargo, no presentó definición de ninguno de estos conceptos.

d) El Acuerdo de Madrid relativo a la represión de indicaciones de procedencias falsas o engañosas en los productos (AMPI)

Surgió el 14 de abril de 1891 y fue modificado por última vez el 28 de septiembre de 1979. Ha sido considerado el primer acuerdo específico para proteger las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas y fue firmado entre diferentes países, esto pese a que este acuerdo está más dirigido a las indicaciones de procedencia.

El sistema de registro internacional de marcas se rige por dos tratados: el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid, que se adoptó en 1989, entró en vigor el 1 de diciembre de 1995 y empezó a aplicarse el 1 de abril de 1996. El Reglamento Común del Arreglo y del Protocolo entró también en vigor en esa fecha. El sistema es administrado por la Oficina Internacional de la OMPI, que mantiene el Registro Internacional y publica la Gaceta de la OMPI de Marcas Internacionales. (Página de la wipo.int).

Sus objetivos son:

1. Facilitar la obtención para las marcas (tanto de productos como de servicios).
2. Siendo un registro internacional equivale a un conjunto de registro nacionales, por lo cual todas las modificaciones o renovaciones referentes a la titularidad o cualquier dato relacionado a la marca como tal, posteriores a esa protección, resultan más fáciles.

3. Sus disposiciones de represión alcanzan a las indicaciones de procedencia falsas y a las engañosas o falaces, inclusive a las que siendo exactas, inducen al consumidor a otorgarles a determinados productos un origen geográfico, diferente del auténtico.

e.-Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, El Caribe y los Estados Unidos

La anexión a este Tratado lleva implícito que las partes deben ratificar cinco acuerdos internacionales a los que nuestro país ya se encuentra adscrito, los cuales son:

- a. Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor (1996).
- b. Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996).
- c. Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, de acuerdo con su revisión y enmienda (1970),
- d. El Convenio sobre la Distribución de Señales de Satélites Portadoras de Programas (1974).
- e. Tratado sobre Derechos de Marcas (1994).

En cuanto a otras obligaciones a las que se comprometió Costa Rica al momento de sumirse a este Tratado, Ortega Samayoa (2010) manifiesta:

“ Las Partes se comprometieron a ratificar en un futuro dos Acuerdos adicionales, a saber, Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional de Depósito de Microorganismos a los fines del

Procedimientos en materia de Patentes (1930) y el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Convenio UPOV 1991) (p. 84).

7. Aspectos jurídicos en Costa Rica

La génesis de la legislación marcaría en Costa Rica data de 1896 con la promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual, Ley N.º 40 del 27 de junio de ese mismo año. Esta se promulgó debido al envío de la emergente clase cafetalera de la época y se preocupa así salvaguardar sus intereses económicos. Dicha Ley contaba con 17 artículos y se dio durante la candidatura de don Rafael Iglesias.

En cuanto a las regulaciones sobre las denominaciones de origen, se establecen disposiciones muy someramente sobre la materia en la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. Referente al tema, Granados Rojas (2004) acota lo siguiente:

Factores externos como la inclusión del tema de las IOG en las discusiones internacionales en materia de propiedad intelectual, comercio y otros, lo mismo que en los convenios y tratados bi y multinacionales, así como factores internos como la necesidad de proteger productos (y sus nombres) ligados a un origen geográfico y la ventaja comercial de la diferenciación, han favorecido que ya desde hace algunos años varios sectores hayan mostrado interés por explorar el tema en el país (p. 42).

De seguido, se comentan los principales aspectos de los antecedentes jurídicos.

I. Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (Ley N.º 8039, publicada en *La Gaceta* n.º 206 del 27/10/2000 y entró en vigencia el 27/10/2000).

Los temas contenidos en esta Ley son: competencia, derecho de autor, diseños industriales, esquemas de trazado de los circuitos integrados, indicaciones geográficas, información no divulgada (secretos comerciales), marcas, modelos de utilidad, nombres comerciales, observancia de las leyes de patentes y leyes conexas, organismo regulador de patentes (inventiones), propiedad industrial.

Por tanto, mediante la promulgación de esta normativa, se incorpora a nuestra legislación:

- a. Una serie de medidas cautelares, medidas especiales en frontera, procedimientos civiles y además delitos penales para proteger todos los derechos referentes a la propiedad intelectual.
- b. A su vez, estas disposiciones pretenden la reducción de la piratería que causa grandes pérdidas económicas tanto a los creadores intelectuales de país como aquellos inversionistas extranjeros.
- c. Se establece el Tribunal Registral Administrativo que le compete conocer en alzada las decisiones emitidas por el Registro de la Propiedad Industrial.
- d. Regula la protección de todos los derechos sobre la propiedad intelectual, normado tanto en la legislación nacional como en los convenios internacionales vigentes.
- e. En el precepto 48 de esta ley en relación con la utilización fraudulenta

de indicaciones geográficas o denominaciones de origen, se instituye : “[...] Será reprimido con prisión de uno a tres años quien utilice o anule indicaciones geográficas denominaciones de origen susceptibles de engañar al público sobre la procedencia, la identidad o el fabricante o comerciante de un producto, de manera que se cause perjuicio a los derechos de la propiedad intelectual derivados del uso, la identificación y el disfrute de una indicación o denominación de origen [...]”.

El legislador al incorporar el artículo no solo pretende tutelar que se cumplan las disposiciones nacionales como supranacionales referentes al tema de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas, sino también pretende que se le confiera al público consumidor una información veraz de las calidades del producto que se le ofrece para su consumo con un determinado estándar de calidad.

II. Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos (Ley N.º 7978)

La promulgación de esta legislación derogó el Convenio Centroamericano para la Protección de Propiedad Industrial, suscrito entre los Gobiernos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Nicaragua, el cual constituyó un paso relevante que permitió unificar la regulación marcaria vigente a ese momento.

De esta forma, se estableció en la Ley que el Registro de Propiedad Industrial sería la Administración Nacional competente adscrita al Registro Nacional para la concesión y el registro de los derechos

de propiedad industrial, incluyendo las denominaciones de origen e indicaciones geográficas.

Uno de los avances que contiene esta normativa es incorporar en su artículo 2) definiciones claras y precisas de los conceptos:

Denominación de origen: Es la denominación geográfica, designación, expresión, imagen o signo de un país, una región o localidad, útiles para designar un bien como originario del territorio de un país, una región o localidad de ese territorio y cuya calidad o características se deban exclusivamente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y humanos.

Indicación geográfica: Es una indicación que identifica un producto como originario del territorio de un país, de una región o una localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del bien sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico. Todo signo o combinación de signos, en cualquier forma, será susceptible de constituir una indicación geográfica. Paralelamente a la Ley 7978, se proclama el Reglamento de Disposiciones Relativas a las Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen donde se regulan aspectos referentes al reconocimiento y protección, ambas figuras tanto nacionales como extranjeras en su artículo 1, y dispone lo siguiente: “lo referente al reconocimiento, protección y mantenimiento de las mismas, así como las funciones del Registro

de la Propiedad Industrial como autoridad nacional competente en la materia de concesión e inscripción de éstas”. Asimismo, en el capítulo I y VII, se establece de forma amplia el procedimiento de concesión y registro de ambos institutos, con ocasión de proteger los derechos e intereses legítimos de los titulares de marcas u otros signos distintivos.

8. Ideas finales

Costa Rica asigna la mayor importancia a la protección de los derechos de propiedad intelectual establecidos en el ADPIC y, por ello, ha realizado los esfuerzos necesarios para lograr que la legislación nacional en la materia asegure el cumplimiento de las obligaciones que el país ha asumido.

Por tal razón, el Gobierno de Costa Rica definió como una de sus prioridades la reforma integral a la legislación nacional en materia de propiedad intelectual para adecuarla a las obligaciones derivadas de dicho acuerdo e introducir otras reformas que permitieran a Costa Rica tener una legislación moderna e integral en la materia. Este esfuerzo significó la aprobación de leyes nacionales y a tratados internacionales.

Finalmente, la adhesión nacional a tratados internacionales como el Convenio de París,

entre otros, así como el proceso de reforma integral a la legislación costarricense sobre propiedad intelectual culminaron con la aprobación de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (Ley N.º 8039), y las reformas establecidas en la Ley de Marcas, Signos Distintivos han venido a tutelar de manera eficaz institutos, tales como la denominación de origen y las indicaciones geográficas entre otras ante un mercado moderno altamente competitivo.

Así es como se logra conformar una definición de la denominación de origen que ostenta una serie de características que la diferencian de las indicaciones geográficas y que nos permite como personas juzgadoras, no solo ampliar nuestros conocimientos, sino también instruirnos en posibles asuntos que se vean permeados con estas figuras.

La aplicación de las normativas en estudio sobre estos productos de propiedades singulares que benefician tanto a la persona productora como a la consumidora dota al bien de un aumento de competitividad y el valor agregado por diferenciación y calidad. También el producto posee calidad homogénea, y existe protección frente a competencia engañosa. De tal forma, se brindan más información sobre el producto y las señales de procedencia.

Referencias bibliográficas

- Botana Agra, Manuel José. (2001). *Las denominaciones de origen*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Fernández Nova, Carlos, Otero Lastres José Manuel y Botana Agra Manuel. (2013). *Manual de la propiedad industrial*. 2.^a edición. Madrid: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Fernández Novoa, C. Tobio. *Actas de derecho industrial y derechos de autor*. España. Tomo XIV. 1192.
- Granados Rojas, Leonardo. (2004). *Indicaciones geográficas y denominaciones de origen. Un aporte para su implementación en Costa Rica*. IICA PORDAR MAG CNP.
- Ortega Samayoa, Inés. (2010). *Marco regulatorio de las denominaciones de origen e indicadores geográficas en el área del queso y el vino, una comparación entre Chile y Costa Rica*. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica.
- Otamendi, Jorge. Derecho de marcas. 3.^a edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot S. A.
- Sitios internet
- www.wipo.int/about-ip/es/about_geographical_ind.htm. Consultada el 28/1/2014.

- www.oiv.int/oiv/info/esindicationgeo. Consultado el 28/1/2014
- www.aplicaciones.indecopi.gob.pe/...boletines/041. Consultado el 25/1/2014.

Legislación

- a) *Constitución Política de la República de Costa Rica*. (1999). Anotada y concordada y con jurisprudencia constitucional. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A.
- b) *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*. (ADPIC).
- c) *Convenio de París*.
- d) *Convenio de la OMC*.
- e) *Convenio de la OMPI*.
- f) *Código de Propiedad Intelectual*. Concordado y con anotaciones. Pablo Duncan- lynch y otros, Investigaciones Jurídicas, S. A.
- g) *Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos*.
- h) Reglamento de las Disposiciones Geográficas y Denominaciones de Origen, contenidas en la Ley N.º 7978.
- i) Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y el Caribe y Estados Unidos.

LA PRUEBA DISPONIBLE A LA LUZ DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL VIGENTE

*MS.c. Diamantina Romero Cruz**

RESUMEN

En la recolección y presentación de prueba en el litigio civil, la delimitación de las funciones del tribunal y de las partes es un punto que ha sido objeto de discusión en muchos sistemas procesales. El objetivo de esta pequeña investigación es desarrollar el tópico de aquella prueba disponible desde el punto de vista del rol de las partes involucradas en el proceso, sin que, por ello, se pretenda agotar el tema. Se analizarán las características más significativas de la prueba disponible y la facilidad probatoria, desde una perspectiva doctrinaria y legal, con la cual estas podrían ser adecuadamente entendidas.

Palabras claves: prueba disponible, disponibilidad probatoria, facilidad probatoria, derecho a probar, Código Procesal Civil.

TITLE: THE AVAILABLE TEST IN THE LIGHT OF CURRENT CIVIL PROCEDURAL CODE

ABSTRAC

The delimitations of the functions of the court and the parts involved in the recollection and presentation of evidence in the civil litigation, are a subject that has been object of discussion in many processal systems. The objective of this brief investigation it's to develop the subject of the available evidence according to the role of the parts involved in the process. The most significative characteristics of the evidence and the ease of proof will be analyzed from a legal doctrine point of view, achieving the right understandment of these.

Keywords: available evidence, evidentiary availability, ease of proof, right to try, Civil Procedure Code.

Recibido: 18 abril 2022

Aprobado: 22 de agosto de 2023

* Máster en Derecho, jueza 5 en el Tribunal de Apelaciones de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: diamantinarom@yahoo.com y dromero@poder.judicial.go.cr

Sumario: *Introducción. Sección primera. Papel de las partes en el proceso civil. I.- La búsqueda de la verdad. II.- Un modelo para una producción probatoria equilibrada. III.- Prueba disponible. A) La disponibilidad probatoria. Alcance. B) La facilidad probatoria. Alcance. Sección segunda. Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba. I. Dificultad, imposibilidad y obstrucción de prueba. II. Doctrina de jurisprudencia española en la materia. Sección tercera. El aspecto de la disponibilidad en diferentes medios probatorios. I. Prueba documental. II. Reconocimiento judicial. III. Prueba pericial y testimonial. Conclusiones. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, se ha discutido el tema del rol activo del tribunal y el de las partes en el proceso, en cuanto a la actividad probatoria se refiere. En relación con las partes, se concibe la actividad probatoria como el medio de persuasión utilizado por las partes a efectos de convencer a la persona juzgadora que una versión de los hechos debe ser preferida a la otra.

En la sección primera, el presente estudio desarrollará el tema del papel de las partes en el proceso civil, la búsqueda de la verdad y el rol activo de las partes, así como la propuesta general de un modelo para una producción probatoria equilibrada.

En la sección segunda, se abordan la noción de prueba disponible y qué se entiende por

facilidad probatoria y sus alcances. A la persona juzgadora le corresponde hacer posible llegar al proceso la prueba útil y pertinente, por aplicación del principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba, distintos tópicos acerca de la dificultad, imposibilidad y obstrucción de prueba. Se expone una cita de doctrina jurisprudencial española en la materia.

Se culmina con el aspecto de la disponibilidad en algunos medios probatorios, la prueba documental, el reconocimiento judicial y, referente a este último, cuando la realización de dicha prueba está en manos de la parte contraria, tratándose de reconocimiento de personas, de cosas muebles o inmuebles y en poder de un tercero en la prueba testimonial y prueba pericial.

SECCIÓN PRIMERA: PAPEL DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

En el proceso civil, se provee a las partes, en primer término, de garantías procesales, entre las que sobresale el derecho a presentar la prueba disponible.

Para el jurista Michelle Taruffo¹, el derecho a la prueba conlleva el derecho a **producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal.**

1 Taruffo, Michelle. (Diciembre de 2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho. Valdivia. Vol. VX, pp. 205 a 213. El presente trabajo corresponde a una conferencia que el autor dictó en Beijing, China, en noviembre de 2002. El trabajo original fue escrito en inglés, y la traducción al castellano fue realizada por el profesor Juan Andrés Varas Braun de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. El primero es profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Pavia, Italia, y profesor visitante en la Universidad de California, Hastings College of Law, San Francisco, EE.UU.

El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y de defensa. No sería posible postular que las partes pueden ejercer estos derechos, pero no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas base de sus pretensiones y defensas.

Con todo, estas garantías no implican que solo las partes individuales tienen un papel que jugar en el proceso civil. De la normativa, se desprenden funciones importantes que deben ejecutar otros sujetos, tales como las organizaciones o asociaciones, públicas o privadas, por ejemplo, las asociaciones de consumidores u organizaciones para la protección del medio ambiente que pueden tomar parte en los procesos, aportando al tribunal información relevante para la decisión correcta del caso.

Por otra parte, el tribunal juega un rol significativo y activo en el manejo de los procedimientos, guiando las investigaciones apropiadas con el fin de conseguir una decisión informada y precisa.

I. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

En el proceso civil, la iniciativa de las partes en la presentación de prueba es muy importante, para asegurar el mayor grado de certeza en la construcción de los hechos. No hay duda de que las partes tienen un fuerte interés en presentar toda la prueba que esté a su alcance para cumplir con la carga de la prueba que se les atribuye.

Sin embargo, a veces la iniciativa de las partes no es suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes. Es una realidad humana que no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento

desinteresado y objetivo de la verdad. En la práctica, cada parte actúa a conveniencia de sus intereses, en cuanto a aportación de prueba se refiere.

Las partes pueden tener intereses convergentes para no desarrollar, respecto a los hechos relevantes, una aportación completa de pruebas o, incluso más, pueden esconder algunos hechos que no interesan darle a conocer al tribunal.

Por otra parte, los y las litigantes podrían no estar en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba podría no encontrarse en equilibrio con la inversión de la otra. En otros términos, podría haber una parte débil: la persona trabajadora, la consumidora, la pobre y las partes que no están en condiciones de realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en concreto, de su derecho a la prueba.

En los sistemas que confían solo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de estas podría impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, podría imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, podría provocar una desatinada decisión final. El peligro radica en que la verdad sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante y necesaria.

II.- UN MODELO PARA UNA PRODUCCIÓN PROBATORIA EQUILIBRADA

En la búsqueda de la verdad, se considera un conjunto de facultades procesales concernientes a la producción de prueba que

tienen que ser divididas entre el tribunal y las partes y hasta prestarse en colaboración.

Las garantías procesales de las partes requieren un completo y activo control por el tribunal a efectos de ser concretadas, así como para impedir su abuso. Por otro lado, las facultades activas del tribunal requieren fuertes garantías de las partes, para impedir la arbitrariedad y el abuso de poder.

En consecuencia, si la búsqueda de la verdad se concibe como un propósito importante del litigio civil, la solución ideal debería ser concretar al mismo tiempo los derechos de las partes y el rol activo del tribunal, con una interconexión de “frenos y contrapesos” que debería enfocarse a maximizar las posibilidades de encontrar toda la prueba relevante de los hechos del caso².

En el artículo 41.3, nuestro Código Procesal Civil provee al tribunal con una muy amplia facultad de ordenar de propia iniciativa cualquier medio probatorio admisible. Sin embargo, no hay duda de que los y las litigantes tienen la carga y el derecho de presentar cualquier prueba relevante que esté disponible para ellos, según el artículo 41 y 41.3, *ibidem*.

El numeral 41.3 del CPC distribuye las cargas probatorias entre las partes, tomando en cuenta la disponibilidad y la facilidad de la prueba que le corresponden a cada parte, ya sea como actora o demandada en el proceso, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido:

41.1 Carga de la prueba. Incumbe la carga de la prueba:

1. A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho.
2. A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impositivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.

Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.

Las normas precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de la prueba.

En este artículo, la distribución de cargas probatorias toma en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria, estableciendo que la prueba del hecho dependerá de quien tenga en sus manos la prueba y no necesariamente a quien corresponda demostrar y lo aprovecha.

El doctor Picado Vargas³ se cuestiona, respecto a esta norma, si el juzgador invierte la carga de la prueba establecida en los incisos 1 y 2 indicados, y atribuye la carga probatoria a quien legalmente no le corresponde. Agrega que si la misma ley regula esa aplicación, el error del juez en esta materia conllevaría una violación de la norma susceptible de ser alegada en casación.

2 Taruffo, Michelle. (Diciembre de 2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho. Valdivia. Vol. VX, pp. 205 a 213.

3 Picado Vargas, Carlos Adolfo. (Octubre de 2018). Reforma Procesal Civil práctica. Código Procesal Civil del 2016. San José, Costa Rica. IJSA. Edición I, p. 126.

En mi criterio, sucedería lo mismo, si se violentan los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, a la hora de atribuir cargas probatorias a las partes y sus consecuencias en caso de incumplimiento, por infracción a una norma procesal que afecta verdaderamente el debido proceso y genera indefensión.

III.- PRUEBA DISPONIBLE

Como se indicó líneas atrás, el derecho a la prueba se define como el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal.

Para Enrique Falcón ⁴, la disponibilidad de la prueba se refiere a los medios de prueba en particular y, citando a Carnelutti, indica que es necesario que la prueba exista y que esta pueda ser usada. Pero también la disponibilidad de la prueba se liga al hecho de que las partes pueden incorporar medios o prescindir de ellos en el proceso. Señala el autor de cita que, en el proceso civil dispositivo, la disponibilidad de la prueba se encuentra limitada por el principio de adquisición.

En el artículo 41.1 del Código Procesal Civil, el legislador ha llevado a cabo una distribución de la carga de la prueba partiendo de la consideración lógica de que es a esa parte, ya sea al demandante o al demandado,

a la que le es más fácil o se encuentra en mejor disposición para probar sus afirmaciones, porque tiene la prueba.

Para los autores, Xavier Abel Lluch y Joan Picó I Juno I⁵, la aplicación rígida de esa regla podría provocar, en casos especiales, situaciones de auténtica indefensión, al encontrarse la parte a quien conforme a las reglas generales le corresponde la carga de probar los hechos con enormes dificultades. Señalan que la incidencia de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria produce como consecuencia que la ausencia de prueba de ese hecho no va a perjudicar a aquella parte que tenía la carga de acreditarlo conforme con las reglas generales; pero, a diferencia de su parte contraria, no tenía la disponibilidad o la facilidad para hacerlo.

Ahora bien, la carga de la prueba del hecho no se invierte. El hecho en cuestión no pasa a conformar parte de los elementos fácticos sobre los que la parte contraria debe asumir la carga de la prueba. Lo que se hace, en puridad, es eliminar el hecho, cuya prueba resulta muy difícil para la parte del elenco de aquellos hechos, cuya carga de la prueba le corresponde.

Por lo anterior, puede indicarse que la carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad que tenga la parte de producir la prueba.

Por otro lado, también debe tomarse en cuenta el supuesto de que la disponibilidad o facilidad probatoria de una parte carece de significado

4 Falcon Enrique M. *Tratado de derecho procesal civil, comercial y de familia*. Tomo II. Avatares de la demanda, oposición, prueba. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 540.

5 Lluch Xavier Abel, Pico I Junoy Joan. (2007). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona. Ed. Bosch Editor, p. 82

si la contraparte se haya en idéntica posición de disponibilidad o facilidad⁶.

A. LA DISPONIBILIDAD PROBATORIA. ALCANCE

Este criterio implica que la contraparte es la que posee el medio probatorio, incluso, aun gozando la parte de medios probatorios, estos tienen menor entidad para probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra. Esta disponibilidad puede ser tanto material, tenencia de un documento, como intelectual, forzoso conocimiento de un dato⁷.

Muñoz Zabate señala que existe también la indisponibilidad negligente, entendiendo como tal la falta de previsión en la preconstitución o conservación de una prueba sobre un hecho que podría resultar favorable a la contraparte, puede devenir, a veces, equivalente en sus efectos a una plena disponibilidad⁸.

B). - LA FACILIDAD PROBATORIA. ALCANCE

La facilidad probatoria constituye un criterio más amplio y comprensivo que el anterior. Se refiere a supuestos en que, si bien la parte podría aportar la prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en una posición que le es más fácil, menos gravosa o, incluso, es más rápido llevar la prueba a los autos. Este principio se basa en la buena fe.

La posibilidad de acceso a la prueba en principio indisponible lo que busca es que las partes en el proceso cuenten con igualdad de armas, de modo que factores externos, como la mayor facilidad o disponibilidad de acceso a los medios de prueba de una de las partes no condicionen el resultado del litigio, evitando, por un lado, situaciones de injusticia o de imposibilidad o dificultad probatoria.

Para que el juez o la jueza pueda intervenir en la procuración de la prueba, las partes deben poner de manifiesto al tribunal su situación de indisponibilidad o de dificultad respecto a la prueba de un hecho que, según el artículo 41.1 del Código Procesal Civil, tenía que probar, solicitando que las consecuencias desfavorables de la falta de prueba recaigan sobre la otra parte.

SECCIÓN SEGUNDA. PRINCIPIO DE LA OBTENCIÓN COACTIVA DE LOS MEDIOS MATERIALES DE PRUEBA

En virtud de este principio, los documentos, las cosas y, en ocasiones, la persona física, cuando es objeto de prueba (exámenes médicos), deben ponerse a disposición del juez o de la jueza cuando se relaciona con los hechos del proceso. Esto es consecuencia de los principios de comunidad de la prueba, la lealtad y probidad de las partes, y el interés público que existe permite a la persona juzgadora el allanamiento de inmuebles, el acceso a los archivos públicos y privados e imponer ciertas coacciones a las partes y

6 Lluch Xavier Abel, Pico I Junoy Joan, *op. cit.*, p. 85.

7 Lluch Xavier Abel, Pico I Junoy Joan, *op. cit.*, p. 85.

8 Muñoz Sabate. L.L. *Fundamentos de prueba judicial civil*, pp., 178 y 179. Obra citada por Lluch Xavier Abel, Pico I Junoy I. Joan, *op. cit.*, p. 85.

testigos para que comparezcan para absolver interrogatorios o a reconocer firmas y para que suministren los objetos, escritos o libros de contabilidad, cuya exhibición se ha decretado⁹.

Para el autor de cita, existe un deber de prestarle colaboración a la Justicia, en materia de pruebas, y esa colaboración es un límite necesario a la libertad individual, impuesto por razones de interés público, tanto a terceros como a las partes.

Al respecto, Couture¹⁰ señala que, si bien nadie está obligado a facilitar pruebas a su adversario, esto es muy relativo porque, al absolver posiciones o reconocer documentos o exhibirlos puede beneficiarlo, a pesar de que no lo desee, y agrega:

“El litigante no es requerido para ayudar a su adversario sino a la justicia; no se le obliga a suicidarse, desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información del juez. Y esto no es un beneficio al adversario y un perjuicio a si mismo, sino una ayuda indispensable a la misión impersonal y superior de la justicia.

Los deberes de lealtad, probidad y verdad exigen que quien tenga documentos o cosas con valor probatorio en una causa está obligado a exhibirlos, aunque su contenido o significado probatorio lo perjudique. Si el documento u objeto está en poder de un tercero, existe el

deber de exhibirlo, es sancionable con multas y con el pago de perjuicios. Si está en poder de una parte, existe una carga procesal de exhibición, dadas las consecuencias que, para ese proceso, se deducen en su contra si niega o impide la exhibición.

De acuerdo con el numeral 5, inciso 4, del Código Procesal Civil, el juez o la jueza puede sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, la buena fe, la lealtad, la probidad, y puede sancionar el fraude procesal que marca el artículo 6 del mismo cuerpo normativo.

En el sistema dispositivo, es necesario la petición de parte para que la jueza o el juez proceda a aplicar la coacción oficial en la obtención de esa prueba, dado que, en muchas ocasiones, las partes no están en posibilidad de aportarlas sin esa coacción del juez.

I. DIFICULTAD, IMPOSIBILIDAD Y OBSTRUCCIÓN DE PRUEBA

Para Devis Echandía¹¹, el caso de imposibilidad de suministrar prueba se presta a discusiones. La jurisprudencia se ha inclinado a exonerar de la prueba escrita exigida por la ley, a la parte que se encontraba en imposibilidad física o moral de obtenerla (cuando el contrato versa entre padre e hijo), por la notoria injusticia que tal exigencia representaría.

9 Devis Echandía Fernando. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires. Victor P. de Zavalia, editor. Quinta edición, p. 135.

10 Couture, Eduardo. (1948-1950). *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Edit. Ediar. Tomo II, pp.137 y 139. Obra citada por Devis Echandía, *op. cit.*, p. 136.

11 Sicard. (1960). *La preuve en justice*. París. Librairie du Jorunal des Notaires, p. 248. Citado por Devis Echandía, *op. cit.*, p. 442.

Lessona, citado por Devis Echandía, plantea que la imposibilidad no priva el deber de la prueba. Para este último, no puede alegarse imposibilidad personal en sentido amplio para suministrar toda clase de pruebas, sino solamente cuando el hecho sea en sí imposible metafísica, física y matemáticamente, conforme al criterio de expertos y no según el criterio del juez, o no sea susceptible de prueba como en el caso de las negaciones o afirmaciones indefinidas o cuando la ley excluye investigar el hecho.

Por tanto, la imposibilidad de suministrar un medio de prueba es diferente cuando la ley exija ese medio como requisito *ad substantiam* (como la escritura pública en compraventa o hipoteca en inmuebles), tampoco es admisible la imposibilidad física o moral de producirlo. Pero cuando se exige *ad probationem*, como el documento privado o principio de prueba por escrito para obligaciones civiles de valor superior a cierto límite, aunque pese sobre esa parte la carga de probar tal hecho, se le exime de la necesidad de suministrar ese medio específico. No por ello, se altera la regla de la carga de la distribución de la prueba.

El caso de la obstrucción de la prueba por la parte contraria es diferente. La imposibilidad o dificultad extrema de suministrar la prueba se debe a la conducta ilícita de esa parte que viola los deberes de probidad y lealtad que configuran uno de los principios fundamentales del derecho probatorio.

Siguiendo al autor Devis Echandía¹², este nos indica que no se trata de modificar la distribución de la carga de probar, sino más bien de exonerar de prueba al hecho como

consecuencia de una presunción de hombre o legal. Se aplica este criterio a los casos de declaración de confeso en el reconocimiento tácito de documentos cuando no se obedece la citación, en la exhibición de documentos o cosas cuando no se presentan. Otros ejemplos son el ocultamiento de documentos u objetos por la parte contraria, los cuales debían aducirse como prueba, y el secuestro u ocultamiento de testigos.

II.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA EN LA MATERIA

En la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 28 de noviembre de 1991, se acoge la doctrina de la disponibilidad y facilidad probatoria. En este caso, a la recurrente se le había denegado una pensión por viudez porque no se habían acreditado las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social por su esposo fallecido, correspondientes al período de junio de 1957 a abril de 1958, en que había laborado en una empresa.

Aunque el INSS reconoció que el causante había estado en situación de alta durante ese período, había emitido certificación negativa alegando la imposibilidad de acceder a los datos correspondientes. El Tribunal señaló que:

Tales obstáculos y dificultades, debidas solo a deficiencias y carencias en el funcionamiento del propio INSS, no pueden repercutir en perjuicio de la solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza. No es posible aceptar que quien pueda acreditar la existencia o no de

12 Devis Echandía, *op. cit.*, p. 442.

cotizaciones se niegue a ello invocando dificultades, reales o aparentes, para localizar los datos correspondientes; dificultades que, como ya hemos dicho, son en todo caso imputables únicamente al propio INSS y no a la actora.

Por ello, el Tribunal Constitucional concedió el amparo a la recurrente pues:

“ante dicha situación, en la que las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso determina como lógica consecuencia que, en materia probatoria, la parte emisora del informe está especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba, ya que sería suficiente un informe omisivo o evasivo para que el juez no pudiera fijar la totalidad de los hechos probados en la sentencia [...]”.

SECCIÓN TERCERA EL ASPECTO DE LA DISPONIBILIDAD EN DIFERENTES MEDIOS PROBATORIOS

I.- PRUEBA DOCUMENTAL

Montero Aroca¹³ afirma que la carga de la presentación de los documentos que se impone a las partes presupone que estas tienen su disponibilidad. Cuando no haya disposición de una de las partes, la ley tiene que reaccionar, imponiendo a quien tenga esa disposición la carga o el deber de colaborar con el órgano jurisdiccional, para que este pueda cumplir con su función, siendo que este deber se puede imponer:

- a) A la Administración pública o cualquier persona jurídica pública, en virtud del deber de colaboración que tienen con el Poder Judicial.
- b) A la parte contraria en el proceso: aquí debe partirse del supuesto de la existencia de una carga y, para ello, debe tomarse en cuenta que, si existe negación de presentar el documento, el juez podría ordenar el registro de sus libros y papeles o, por otro lado, podría extraer consecuencias probatorias de la conducta de la parte que se niega a presentar los documentos que obren en su poder.

La carga de la prueba en este supuesto puede verse desplazada a la parte que tiene los documentos, teniéndose por probadas las alegaciones hechas por la parte contraria.

13 Montero Aroca, Juan. (1998). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas. S. A. 2.^{da} ed., p. 163.

c) A los terceros en el proceso: en el sistema español, existe norma que establece el deber de este tercero de presentar los documentos, según el artículo 603 de la Ley de Enjuiciamiento Española/2000, disponiendo que antes de que el juez ordene la aportación del documento, debe dar audiencia primero a ese tercero y, después de ello, le ordenará la presentación que puede ser por exhibición. Si el tercero se niega puede, acudir al registro domiciliario y, en último caso, al proceso penal por desobediencia a la autoridad.

Al respecto, es necesario indicar que previo a admitir este tipo de probanzas, la persona juzgadora debe valorar que su conocimiento resulte trascendental para el proceso, ya que debe tratarse de prueba útil, pertinente y necesaria.

En el caso nuestro, en específico, tratándose de prueba en manos de terceros u otras entidades, el artículo 45.7 del CPC señala:

“Informes y expedientes. El tribunal, a petición de parte o de oficio, podrá solicitar informes de cualquier persona física o jurídica, institución u oficina pública o privada, en relación con los hechos o actos de interés para el proceso. No será admisible el informe cuando, manifiestamente, tienda a sustituir a otro medio de prueba. El informe se remitirá a la mayor brevedad posible, en cualquier soporte autorizado, bajo juramento de exactitud.

La entidad requerida podrá negarse a rendir el informe únicamente cuando se trate de información declarada como secreto de Estado o pueda comprometer seriamente el secreto comercial o la información no divulgada. En tal caso y una vez recibida la solicitud,

de inmediato expondrá con claridad y precisión los motivos de su negativa. También, se podrá requerir la remisión de expedientes, testimonios, documentos, anexos, estudios relacionados con los informes, anotaciones, asientos de libros, archivos o similares.

Esta norma contempla en forma amplia a las personas a las que se les puede requerir información, ya sea a solicitud de parte o de oficio del órgano jurisdiccional con las salvedades de ley.

El artículo 35.2 del Código Procesal Civil establece la posibilidad de que si la parte no tiene a su disposición los documentos, puede solicitar el auxilio de los tribunales para traer documentos de imposible obtención. Para ello, el artículo 45.4 señala en su párrafo cuarto de CPC:

45.4 Exhibición de documentos. Se ordenará a las partes la exhibición de documentos, informes, libros o cualquier otra fuente probatoria, si están bajo su dominio o disposición, se refieren al objeto del proceso, sea común o puedan derivarse conclusiones probatorias para quien lo solicita.

El tribunal podrá ordenar esa exhibición ante el perito, cuando así lo pidan las partes o lo solicite el experto para los fines de la pericia.

Con la petición de exhibición, la parte solicitante podrá aportar una copia o reproducción del documento, pero si no lo tuviera en su poder indicará en términos concretos su contenido.

La exhibición será obligatoria y en la resolución que la ordena se advertirá al requerido que su negativa permitirá

atribuirle valor a la copia simple, a la reproducción o a la versión del contenido del documento, y se podrá tener como confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto del contenido del documento o del hecho que se quiere probar.

Si el documento que se pide exhibir se encontrara en poder de un tercero, se le prevendrá que lo presente, siempre que resulte trascendente para los fines del proceso y no le deprejuicio al requerido.

La persona obligada a la exhibición podrá presentar copia certificada o testimonio del documento prevenido, bajo su responsabilidad, salvo si el tribunal dudara de su autenticidad o la contraria exija el original por razones fundadas.

Los funcionarios del Estado y de las instituciones públicas no podrán negarse a expedir certificaciones ni testimonios, ni oponerse a exhibir los documentos de sus dependencias y archivos.

Existe una amplia regulación respecto a la prueba documental, cuando la poseen las partes o personas terceras al proceso, jurídicas o físicas, quienes están sujetas al deber de cooperación con la Justicia, resultando una actuación legítima el requerimiento judicial de esa información.

En el caso de que sea la parte quien no preste ese deber de cooperación, se pueden extraer consecuencias probatorias de esa conducta y la carga de la prueba en este supuesto, puede verse desplazada a la parte que tiene los documentos, teniéndose por probadas las alegaciones hechas por la parte contraria

en sentencia. Se confirma que, en caso de disponibilidad probatoria, está obligado a probar quien tiene a su disposición la prueba.

Este artículo 45.4 *idem* contempla, ante la negativa de presentación de documentos, la sanción con atribuirle valor a la copia simple, a la reproducción o a la versión del contenido del documento, y se podrá tener como confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto al contenido del documento o del hecho que se quiere probar.

II.- RECONOCIMIENTO JUDICIAL

El reconocimiento judicial se puede referir a un lugar, objeto o persona. Puede venir condicionado a la circunstancia de que la parte que propone el medio de prueba tenga o no la disponibilidad del objeto sobre el que debe recaer la actividad del medio. Si la parte tiene esa disponibilidad, tanto judicial como física, no debe existir problema. El problema se da cuando esa parte no tiene la disponibilidad del objeto¹⁴. Las posibilidades que se deben tener en cuenta son las siguientes:

A) En poder de la parte contraria

Es el supuesto de que la parte contraria es la que dispone del objeto o lugar que se va a reconocer. Se pueden distinguir dos situaciones:

1) Reconocimiento de personas: Se puede proponer el reconocimiento judicial de la otra parte. Se plantea la cuestión de que si la otra parte está obligada a someterse al reconocimiento y cuáles son las consecuencias de ese incumplimiento.

14 Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, p. 256.

Para el autor de cita, las partes no pueden ser coaccionadas físicamente para que se sometan al reconocimiento judicial, ni puede afirmarse que si no se someten, se comporta la comisión de un delito de desobediencia. En caso de negativa, debe enfocarse como no levantar una carga probatoria y, en ese sentido:

- a) La negativa no puede asimilarse a una confesión ficta.
- b) Desde el criterio de la facilidad probatoria, puede llegarse a la conclusión de que la carga de la prueba corresponde a aquella parte que, pudiendo probar más sencillamente, por el simple hecho de someterse al reconocimiento, no lo hace sin causa justificada.
- c) La negativa a ese reconocimiento puede entenderse como un indicio que, junto con otros, puede llevar a dar probado el hecho afirmado por la parte que propone el medio de prueba. Ejemplos de este tipo de pruebas son las biológicas.

2) De cosas muebles o inmuebles: Es la parte contraria que se está en disposición de estas. Se distinguen:

- a) Si es de cosa mueble, habrá que requerir a la parte contraria para que presente la cosa al órgano jurisdiccional u optar por el registro y secuestro en el domicilio de la parte. Si se fracasa en esa búsqueda, pueden aplicarse las consecuencias derivadas de la carga de la prueba.
- b) En el reconocimiento de lugares, sitios y, en general, cosas inmuebles, en caso de negativa del ocupante, debe ordenarse con allanamiento o registro, de conformidad con el artículo 7 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial que permite la autorización judicial de la entrada para la ejecución forzosa de los actos y de cualquier acto judicial de esta índole.

En ese mismo sentido, también esa orden de allanamiento se puede dar para los casos de embargos de vehículos o para la realización de informes periciales, y aplica cuando las partes o terceros son los que se encuentran en posesión de estos.

El artículo 137 del actual Código Procesal Civil regula la pauta que se debe seguir acerca del alcance de la potestad jurisdiccional de la persona juzgadora en materia de allanamientos, para hacer cumplir cualquier pronunciamiento judicial, cuando las circunstancias lo ameriten. Para tal efecto, fijará el objeto, así como las condiciones bajo las cuales se practicará el allanamiento y tendrá amplias facultades para ingresar a los lugares, eliminar cualquier obstáculo o auxiliarse con la Fuerza Pública cuando lo estime necesario. Se levantará un acta del allanamiento y esta será firmada por las personas interesadas donde se consignará en forma circunstanciada su resultado.

El artículo 46 del CPC hace mención nuevamente al deber de colaboración de partes y terceros, para la efectiva práctica del reconocimiento. Dispone que la negativa injustificada de los terceros faculta a tomar medidas conminatorias y posibilidad de testimoniar piezas para el Ministerio Público, si estima que se está ante la comisión de un ilícito. En caso de negativa injustificada de una de las partes, se le intimará para prestar colaboración; en caso de no hacerlo, se podrá interpretar como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho a probar.

Dicha norma dispone también la posibilidad de ingresar a los inmuebles o a los recintos objeto de controversia o donde se hallen los bienes a examinar, por medio de allanamiento y podrá auxiliarse con la Fuerza Pública, si es necesario.

B) En poder de un tercero

En el supuesto de que el reconocimiento judicial de un tercero sea pertinente y útil, el deber de colaboración con la Administración de Justicia no parece llegar a tanto en criterio de Montero Aroca. Señala este autor¹⁵ que el deber de declarar del testigo, quien puede ser conducido por la Fuerza Pública e, incluso, puede ser sujeto del delito de desobediencia, no se equipara con el reconocimiento mismo de la persona de ese tercero, ya que, en la declaración testimonial, no existe injerencia en la integridad física o en la intimidad personal, lo que sí ocurre en el reconocimiento judicial.

En el caso nuestro, no se podría obligar a una persona a someterse a este tipo de reconocimiento. Habría que valorar esta ausencia de prueba, junto a otros indicios y pruebas del expediente, para tomar una decisión acerca de los hechos probados y no probados que configurarán la sentencia.

III.- PRUEBA PERICIAL Y TESTIMONIAL

Esas probanzas se pueden solicitar y ofrecer como pruebas y, además, en forma anticipada, como lo establece el numeral 49 del Código Procesal Civil, esto es, antes del proceso y antes de etapa probatoria, ante el cambio del

estado de las cosas o personas o bien ante la imposibilidad de declarar de los testigos. Esto conlleva hacer efectiva la disponibilidad de la prueba en el proceso.

A la prueba pericial también se le aplica el mismo procedimiento del reconocimiento judicial sobre lugares, objetos o cosas, dependiendo del tipo de pericia para acceder a su práctica. La prueba testimonial está sometida al deber de cooperación con la Justicia, son terceros en el proceso e, incluso, se puede hacer uso de la Fuerza Pública para hacerlos comparecer a rendir la prueba.

CONCLUSIONES

1.- Las partes tienen en el moderno proceso civil, sin duda alguna, el derecho a la prueba, como el derecho para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal.

2.- En la actual normativa procesal civil, se encuentran inmersos nuevos principios que regulan la disponibilidad, la facilidad probatoria, el deber de cooperación que se da también con relación a terceros al proceso y las consecuencias procesales que tiene la negativa de la parte de cooperar. Se pueden extraer consecuencias probatorias de esa conducta. La carga de la prueba en este supuesto puede verse desplazada a la parte que tiene disponible la prueba.

3.- Esta exposición no pretende ser exhaustiva, pero sí deja en claro que, tratándose de prueba indisponible, si no se establecen sanciones de orden probatorio a

15 Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, p. 258.

las partes, podría causarse indefensión en el proceso, desigualdad procesal entre las partes y amenaza a la libertad probatoria.

4.- Corresponde a la persona juzgadora hacer cumplir la observancia del deber de cooperación con la Administración de Justicia que tienen tanto las partes como terceros al proceso, como el fin último de la actividad jurisdiccional del Estado.

5.- Se le atribuye a la persona juzgadora dar efectividad a los deberes de lealtad, probidad y buena fe que se deben las partes en el desarrollo de las diferentes etapas del proceso.

6.- Con la introducción al proceso de principios de disponibilidad y facilidad probatoria, se hace posible que la parte pueda acceder a los medios de prueba que se encuentran en poder de la contraparte o de un tercero al proceso.

7.- La posibilidad de acceso a la prueba en principio indisponible busca que las partes en el proceso cuenten con igualdad de armas, de modo que los factores externos no condicionen el resultado del litigio.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Devis Echandía Fernando. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires. Víctor P. De Zavalía, editor. Quinta edición.

2.- Falcón Enrique M. *Tratado de derecho procesal civil, comercial y de familia*. Tomo II. Avatares de la demanda. Oposición. Prueba. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

3.- Lluch Xavier Abel, Pico I Juno I Joan. (2007). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Ed. Bosch.

4.- Montero Aroca, Juan. (1998). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas S. A. 2.^{da} Ed.

5.- Picado Vargas, Carlos Adolfo. (Octubre de 2018). *Reforma procesal civil práctica. Código Procesal Civil del 2016*. San José, Costa Rica. IJSA. Edición I.

6.- Taruffo, Michele. (Diciembre de 2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Revista de Derecho*. Valdivia. Vol. VX, pp. 205 a 213. Versión on-line. Revider@uach.cl, consultada el 04/08/2022

LEYES CONSULTADAS

Código Procesal Civil, aprobado por Ley N.º 9342, vigente a partir del 8 de octubre de 2018.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA /2000.

EL PERFIL DE LA PERSONA JUZGADORA DEL TRIBUNAL PENAL DE FLAGRANCIA EN JUSTICIA RESTAURATIVA

*MSc. María Gabriela León Mora**

RESUMEN

El presente estudio analiza cada una de las aptitudes que debe reunir la persona juzgadora del Tribunal Penal de Flagrancia, para adecuarse al perfil idóneo en el manejo de los casos de la Oficina de Justicia Restaurativa, de acuerdo con la legislación de justicia restaurativa y la experiencia obtenida en esta materia por casi seis años.

Palabras claves: juez y jueza de Tribunal Penal de Flagrancia y perfil idóneo de la persona juzgadora restaurativa; ventajas derivadas de tener una jueza y un juez con aptitudes propias para justicia restaurativa.

THE PROFILE OF THE JUDGING INDIVIDUAL OF THE CRIMINAL FLAGRANCY COURT IN RESTORATIVE JUSTICE

ABSTRACT

This study analyzes each aptitude that a flagrancy criminal court judge must acquire in order to adequately possess the ideal level of knowledge for the management of restorative justice court cases. This in accordance with the restorative justice legislation along with the experience obtained in this subject through almost six years of experience.

Keywords: criminal flagrancy and restorative justice judge; the ideal restorative justice judge profile; the advantages derived from having a judge with appropriate restorative justice aptitudes.

Recibido: 14 de octubre de 2022

Aprobado: 22 de agosto de 2023

* Abogada, máster en Administración de Justicia -Enfoque Sociojurídico- con énfasis en Administración de Justicia Penal, jueza 4 penal en propiedad en el Tribunal I Circuito Judicial de Alajuela. Correo: gleon747@gmail.com

En el año 2017, hubo todo un movimiento de expansión de lo que, en su momento, se conoció como el Programa de Justicia Restaurativa, el cual ya tenía aproximadamente cinco años de incursión en el ámbito judicial. Es así como se gestiona en varios puntos geográficos la apertura de oficinas de justicia restaurativa, dotadas de personal del Ministerio Público, de la Defensa Pública y de Trabajo Social.

En este sentido, el Segundo Circuito Judicial no era la excepción e inició con estos insumos y con una fórmula única en el país, propiamente la colaboración de una jueza del Tribunal de Flagrancia en propiedad, cuyas funciones en su mayoría abarcaban las de esta Oficina de Justicia Restaurativa.

Este esquema único a nivel país derivó en una enriquecedora experiencia, dado que el ente fiscal, la Defensa Pública y el equipo psicosocial contaron desde ese momento con una juzgadora que, además de las facultades propias del Tribunal Penal de Flagrancia, era conocedora de todos los casos cometidos en flagrante delito, como lo señala el numeral 236 del Código Procesal Penal:

*ARTÍCULO 236.- Flagrancia
Habrá flagrancia cuando el autor
del hecho punible sea sorprendido
en el momento de cometerlo
o inmediatamente después, o
mientras sea perseguido, o
cuando tenga objetos o presente
rastros que hagan presumir
vehementemente que acaba de
participar en un delito.¹*

Por tanto, fungiría como facilitadora, brindando el abordaje restaurativo e integral de los casos que sus compañeros del tribunal

remitirían a dicha oficina, al reunir, bajo su perspectiva, los requerimientos para la justicia restaurativa.

Esta labor fue bastante rudimentaria en un inicio y, con el auxilio de cada caso conocido, el perfil funcional y el protocolo de manejo de causas, permitió abocarse para ampliar la competencia a las causas de flagrancia del I Circuito Judicial de San José.

En poco más de un año de utilizar este Programa, entra en vigencia la Ley Número 9582, denominada Ley de Justicia Restaurativa, proporcionando el marco de legalidad a la práctica que ya se venía ejecutando.

En el esquema de la justicia restaurativa, cada participante tiene un papel o rol protagónico en la resolución del conflicto, en la cual se rompe el paradigma tradicional de la justicia penal -en este caso- en flagrancia, y se pasa del concepto de delito y pena a la reparación del daño causado, a la participación activa de la víctima, la comunidad y la concientización de la persona ofensora.

Todo esto se presenta en un marco permeado por la participación de los entes judiciales en los que se resalta la labor del equipo psicosocial, quien proporciona a la persona juzgadora un amplio conocimiento de los y las intervinientes, ya sea persona ofensora y/o víctima, bajo un abordaje en el cual se obtiene como producto final un perfil socioeconómico de cada una de ellas, convirtiéndose en un recurso valioso que hace que esa persona facilitadora de una reunión restaurativa (que, en el acápite II, desarrollaré) pueda conocer los distintos escenarios que tiene.

¹ Artículo 236, CPPe

Por tanto, se brindarán un trato humanizado, una solución que se adapte a cada participante como un traje confeccionado a la medida por un sastre y que, después de cada solución alterna al conflicto, no solo tendrá el conocimiento propio del cumplimiento o no de los compromisos, de las modificaciones de los planes reparadores por cambios en las circunstancias de los actores o protagonistas del conflicto social, sino también les dará finalización, mediante la emisión de una sentencia de sobreseimiento o revocará por incumplimiento injustificado la medida alterna otorgada, enviando al despacho de origen para que se continúe con el procedimiento de flagrancia, en el estadio en que fue remitido.

I. LA PERSONA JUZGADORA PENAL DEL TRIBUNAL DE FLAGRANCIA

Nuestro Código Procesal Penal contempla en su Libro II los procedimientos especiales y, entre ellos, el procedimiento expedito de flagrancia donde se refiere:

ARTÍCULO 422.- () Procedencia
Este procedimiento especial, de carácter expedito, se aplicará en los casos en los cuales se trate de delitos en flagrancia e iniciará desde el primer momento en que se tenga noticia de la comisión de un hecho delictivo de tal especie. En casos excepcionales, aun cuando se trate de un delito flagrante, se aplicará el procedimiento ordinario, cuando la investigación del hecho impida aplicar aquel. Este procedimiento especial omitirá la etapa intermedia*

del proceso penal ordinario y será totalmente oral.

() Adicionado el artículo 422 por el artículo 18 de la Ley N° 8720 de 4 de marzo de 2009, publicada en La Gaceta N° 77 de 22 de abril de 2009.²*

Lo anterior refuerza no solo los casos que la justicia restaurativa conocerá, pues, a su vez, resalta un recurso esencial que debe tener la persona juzgadora, el cual es la oralidad, una de las aptitudes que, posteriormente, se desarrollará, en este análisis, esa expresión oral efectiva, moldeable al perfil socioeconómico de cada persona partícipe, capaz de transmitir los valores destacados en la Ley de Justicia Restaurativa y que conlleva un cambio radical en la manera tradicional de tratar el delito, a la persona infractora y la consecuente sanción.

Obviamente, cuando el caso es remitido del Tribunal Penal de Flagrancia a justicia restaurativa, ya pasó por los filtros de competencia, y las personas involucradas, la persona ofensora y/o víctima han mostrado su anuencia de dirimir su conflicto social en dicha oficina.

En este mismo orden de ideas, al arribar un caso a la Oficina de Justicia Restaurativa por ser asunto de flagrancia, no se excluye esta naturaleza que se caracteriza por tener un procedimiento de plazos muy cortos aunque suficientes, a fin de que se resuelva la situación jurídica de la persona ofensora con prontitud, lo cual se tiene presente en el proceso de admisibilidad y, demás, para culminar en el señalamiento y celebración de la reunión restaurativa.

2 Artículo 422, CPPe.

II. LA PERSONA JUZGADORA DE FLAGRANCIA EN LA LEY DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Previo al análisis del rol de la persona juzgadora penal de flagrancia en la justicia restaurativa, es necesario tener claro que las normas reguladoras en esta materia conceptualizan esta última como:

ARTÍCULO 1- Objeto de la ley
*El objeto de la presente ley es definir un marco conceptual y procedimental para instaurar la justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico costarricense, como un instrumento que contribuya a resolver los conflictos jurídicos generados por los hechos delictivos, con la participación activa de las partes intervinientes, a fin de restaurar los daños a la víctima, procurar la inserción social de la persona ofensora, con soluciones integrales y promover la paz social.*³

Bajo esa premisa, la persona juzgadora de flagrancia no es únicamente una homologadora de una medida alterna, ya sea conciliación, suspensión del procedimiento a prueba, entre otras, sino que se constituye en la persona facilitadora que en, una reunión restaurativa, planifica y guía toda la dinámica del encuentro, convirtiéndose en un canal efectivo de comunicación entre las partes que intervienen. Lo anterior se contempla de esta manera en nuestra normativa:

ARTÍCULO 3.- Definiciones
Para los efectos de la presente ley se definen los siguientes términos:
[...]

*ñ) Persona facilitadora: persona juzgadora que planifica y guía, de manera imparcial, la reunión restaurativa y es quien colabora en el proceso comunicacional entre las partes intervinientes, a fin de que se desarrolle la reunión restaurativa, se construya de forma conjunta el acuerdo restaurativo que será sometido a la autoridad jurisdiccional para su respectiva homologación. De acuerdo con las necesidades específicas del caso, se podrá integrar una persona cofacilitadora que apoyará la planificación y ejecución de la reunión restaurativa y cualquier otra práctica restaurativa, quien será alguna de las integrantes del equipo psicosocial.*⁴

Tal y como se ha referido, el rol de la persona juzgadora no acaba en la relevante participación en la reunión restaurativa, donde previamente la persona profesional del equipo psicosocial informó del o de los perfiles socioeconómicos de las personas partícipes, ni tampoco se agota en la homologación de un acuerdo.

Las labores jurisdiccionales se extienden de manera paralela con el seguimiento de los acuerdos judicializados que lleva a cabo la persona profesional del equipo psicosocial,

³ Artículo 1, LJR.

⁴ Artículo 3, inciso ñ, LJR.

quien ejerce ese alto control de cumplimiento o no de esos convenios y, ante un aparente incumplimiento injustificado de la persona ofensora, debe comunicar de inmediato al equipo legal, integrado por el órgano jurisdiccional que homologó el acuerdo, la defensa técnica y la Fiscalía de la Oficina de Justicia Restaurativa.

La Ley de Justicia Restaurativa señala:

ARTÍCULO 28- Seguimiento de los acuerdos judicializados

Las acciones de seguimiento, apoyo y control de los acuerdos judicializados constituyen el eje principal del procedimiento restaurativo y del tratamiento de drogas bajo supervisión judicial restaurativa, con el fin de garantizar la satisfacción de la víctima y la comunidad, así como procurar la inserción social de la persona ofensora.

El seguimiento del plan reparador de las personas ofensoras estará a cargo del equipo psicosocial de la respectiva oficina de justicia restaurativa, que deberá definir la frecuencia de la verificación de cumplimiento, visitas, comunicación con las instituciones y demás acciones necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento de las condiciones impuestas por la autoridad judicial.

Cuando exista un aparente incumplimiento injustificado por parte de la persona ofensora, el equipo psicosocial comunicará de inmediato la situación a la autoridad jurisdiccional

competente, a la defensa técnica y a la fiscalía de la Oficina de Justicia Restaurativa.

Recibida la comunicación, la autoridad judicial convocará a una audiencia oral de verificación en la que se deberá citar al Ministerio Público, la defensa técnica, la persona ofensora y a la víctima, quien podrá participar cuando así lo desee o bien podrá delegar su representación en la Fiscalía. Se escuchará a las partes, se verificarán las condiciones de cumplimiento o incumplimiento justificado o injustificado. En caso de existir una justificación, la persona juzgadora podrá modificar el plan reparador, ampliar el plazo de la salida alterna, según las peticiones de las partes, de conformidad con la ley procesal vigente. Si el incumplimiento es injustificado se revocará la medida alterna y se remitirá la causa penal a la vía correspondiente.

Una vez judicializados los acuerdos restaurativos el requerimiento de la comparecencia de la persona ofensora, por parte de la sede restaurativa, será de carácter obligatorio, la no comparecencia deberá ser comunicada a la autoridad jurisdiccional para lo que corresponda, de acuerdo con las normas procesales vigentes⁵

En este sentido, es evidente que, en el caso de flagrancia, las labores del juez y de la jueza son amplias, máxime que se encargan de verificar los acuerdos, modificar sus condiciones y, finalmente, culmina con la sentencia de sobreseimiento definitivo o, en su

5 Artículo 28, LJR.

defecto, con la revocación de la salida alterna otorgada, con declaración de rebeldía o sin ella, remitiendo de manera expedita el caso al Tribunal Penal de Flagrancia de origen, pues no debemos olvidar que la materia de flagrancia se caracteriza por lo abreviado de sus plazos y la efectividad de una solución al conflicto.

III. VALORES Y PRINCIPIOS EN JUSTICIA RESTAURATIVA

Desde el inicio del Programa indicado en el II Circuito Judicial de San José y, posteriormente, con el marco normativo correspondiente, han quedado evidenciados los valores de la justicia restaurativa que, a mi criterio, *per se* deberían ser parte de las aptitudes de la persona juzgadora, tales como:

ARTÍCULO 5- Valores de la justicia restaurativa

Son valores de la justicia restaurativa los siguientes:

a) Comunicación: promueve el encuentro entre las partes afectadas por el conflicto delictivo a través del diálogo respetuoso y comprensivo, para la búsqueda conjunta de las soluciones.

b) Colaboración: promueve el alto apoyo y el trabajo conjunto para lograr la restauración del daño causado.

c) Excelencia: promueve un servicio público en la administración de justicia basado en un compromiso ético accesible, rápido, eficiente, personalizado y humanista.

d) Honestidad: promueve el diálogo transparente y asertivo en la búsqueda de la solución integral del conflicto social causado por el hecho delictivo.

e) Humanismo: promueve, a partir del enfoque de derechos, la atención de cada persona involucrada en el conflicto generado por el hecho delictivo, mediante un trato equitativo e integral, considerando las necesidades y las condiciones personales, sociales y económicas.

f) Inclusión: promueve la integración social y comunitaria de las personas involucradas, respetando sus valores, origen, salud, edad, género y las condiciones personales, sociales y económicas. Asimismo, un acercamiento y participación de la comunidad en la administración de justicia costarricense.

g) Solidaridad: promueve la colaboración entre las partes, la comunidad y las instituciones, para conseguir la resolución del conflicto social generado por el delito, la restauración del daño causado a la víctima y la comunidad, y la inserción social de la persona ofensora.

h) Respeto: promueve el reconocimiento mutuo, la apreciación, la atención y la consideración de los demás, y el apego a las normas establecidas en la justicia restaurativa.

i) Responsabilidad: promueve con alto control y alto apoyo el cumplimiento de los acuerdos y compromisos adquiridos.

j) Transparencia: promueve el acceso a los datos públicos, el involucramiento de la ciudadanía y de todos los agentes sociales que participan activamente en la justicia restaurativa.

k) Tolerancia: que en los abordajes restaurativos haya disposición para aceptar y respetar las opiniones, las creencias y los sentimientos de las demás personas, especialmente cuando sean distintos de la propia.

l) Paz: promueve el diálogo, la armonía, la tranquilidad y la no violencia

entre las partes involucradas, a fin de restaurar el daño social ocasionado por el hecho delictivo⁶

Los principios rectores, transmitidos en las distintas capacitaciones de justicia restaurativa, tienen implícitamente cualidades que debe tener la persona juzgadora. Por esta razón, la ley de la materia restaurativa destaca que los procedimientos restaurativos deben aplicarse e interpretarse armoniosamente con estos principios rectores y, al respecto, se señala:

*ARTÍCULO 4- Principios rectores
Los procedimientos restaurativos
deberán interpretarse y aplicarse*

en armonía con los principios rectores de la justicia restaurativa, los principios generales del derecho penal, derecho procesal penal y penal juvenil, la política pública de justicia juvenil restaurativa, la Constitución Política, las convenciones internacionales y demás instrumentos internacionales suscritos y aprobados por el Estado costarricense.⁷

Se rescatan aspectos como la accesibilidad en un plano muy provechoso donde se debe aplicar la promoción de estrategias que abarquen las condiciones personales, socioeconómicas y de diversidad cultural de las personas partícipes, generando un alto apoyo mediante un proceso de acompañamiento y, en el caso del Programa de Tratamiento de Drogas bajo Supervisión Judicial (PTDJ), se visibiliza más a la persona juzgadora como una motivadora.

La persona juzgadora es quien, contando con el seguimiento del equipo psicosocial, está a cargo de la modificación y verificación de cada uno de los compromisos acordados, lo que se denomina alto control, siempre bajo la consigna de la confidencialidad y la privacidad de las actuaciones en estos procesos restaurativos.

De igual manera, la persona juzgadora de flagrancia, por tener esta naturaleza de carácter expedito, se ve compelida a llevar a cabo su gestión con rapidez, eficiencia, eficacia y simplificación de procedimientos, proporcionando una administración de justicia de calidad, donde, en su mayoría,

6 Artículo 5, LJR.

7 Artículo 4, LJR.

rija la oralidad, garantizando los mecanismos para que fluya sin mayor problema, como la utilización, por ejemplo, de intérpretes en algún idioma distinto al oficial.

No se debe olvidar que, por su investidura y conocimiento jurídico, esta persona juzgadora y facilitadora en la reunión restaurativa dirige sus actuaciones bajo el principio de legalidad que, en lo que interesa, señala:

ARTÍCULO 1.- Principio de legalidad

Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio⁸

Por ello, la persona juzgadora debe estar vigilante del respeto de las garantías y derechos fundamentales de los y las intervinientes. Esa objetividad contenida incluso en el Código Procesal Penal dispone:

ARTÍCULO 6.- Objetividad

Los jueces deberán resolver con objetividad los asuntos sometidos a su conocimiento.

Desde el inicio del procedimiento y a lo largo de su desarrollo, las autoridades administrativas y judiciales deberán consignar en sus

actuaciones y valorar en sus decisiones no solo las circunstancias perjudiciales para el imputado, sino también las favorables a él.

Serán funciones de los jueces preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.⁹

Lo anterior legitima el acuerdo y genera que las personas obligadas cumplan planes reparadores y condiciones, un compromiso con una visión humanista que no deja de estar judicializado.

Asimismo, los lineamientos de la reunión restaurativa reafirman y destacan esas aptitudes esenciales para ser una persona juzgadora eficaz y efectiva en su labor. Nótese que este perfil se proyecta en la reunión restaurativa donde se vincula no solo al órgano jurisdiccional, sino también a todas las personas intervinientes.

El respeto, mantener la confidencialidad de la información obtenida en dicho encuentro, la voluntariedad de la participación, la igualdad de condiciones hasta en el momento de intervenir, tener una escucha activa con respeto de la diversidad de criterios, hacer lo necesario para encontrar una solución al conflicto que considere las necesidades y medios de cada partícipe, no emitiendo juicios hacia alguna persona interviniente, y la búsqueda del arreglo del daño mediante una solución total y adecuada conforman el campo de acción de esta práctica.

Lograr esa solución total y adecuada al conflicto social es una manera novedosa

8 Artículo 1, CPPe.

9 Artículo 6, CPPe.

para hacer realidad el numeral 7 del Código Procesal Penal, el cual contempla:

ARTÍCULO 7.- () Solución del conflicto*

Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima.

Para tales fines, siempre tomarán en cuenta el criterio de la víctima, en la forma y las condiciones que regula este Código.

() Reformado el artículo 7 por Ley N° 8720 de 4 de marzo de 2009, publicada en La Gaceta N° 77 de 22 de abril de 2009.*

Por esta razón, considero que la persona juzgadora debe reunir un perfil comprometido con los objetivos fundamentales que dieron origen a la justicia restaurativa en nuestro país.

IV. EL PERFIL DE LA PERSONA JUZGADORA PENAL DE FLAGRANCIAS EN JUSTICIA RESTAURATIVA

A través de los años de mi experiencia, la diversidad de las distintas personas usuarias, la realización de cientos de reuniones restaurativas y del seguimiento de las medidas alternas o los llamados PTDJ -Programa de Tratamiento de Drogas bajo Supervisión Judicial- para personas con problemas de adicción, y, en atención a los valores y parámetros de justicia restaurativa supramencionados, me permiten sintetizar que la persona juzgadora debe reunir en lo

posible un perfil que se caracterice por varias habilidades.

Estas aptitudes inciden para que una reunión restaurativa sea exitosa, generadora de concientización en la necesidad de restaurar el daño ocasionado, modificando el pensamiento tradicional de punición, con el fin de lograr beneficios comunitarios y hacer efectivo el principio de justicia pronta y cumplida.

Estas aptitudes en la persona juzgadora marcan una enorme diferencia en el tratamiento de los casos en los que intervenga. He mencionado algunas aptitudes en líneas anteriores y, además, apporto las siguientes:

a. Proactiva: Dada la naturaleza de la materia restaurativa, ante las diversas circunstancias que se pueden plantear, se requiere una persona que no solo genere soluciones ante esas situaciones, sino también que proponga medidas, temas a discutir, ideas que se adelanten a los acontecimientos en esta realidad cambiante, globalizada y diversa a la que se enfrentan y confrontan las personas que administran y operan justicia.

b. Objetiva: Debe ser una persona administradora de justicia que no esté movida o motivada por intereses, prejuicios o ideas personales, capaz de inspirar tranquilidad en todas las partes intervinientes, por su transparencia que excluye cualquier duda de subjetivismo o compadrazgo.

c. Tolerante: Implica que la persona juzgadora respete las ideas, costumbres, opiniones distintas a las de ella, por ejemplo: en el marco de la

cortesía y el buen trato, debe permitir la externalización de criterios que no se comparten.

d. Asertiva: Debe externar -dependiendo del contexto- sus afirmaciones sin obstáculos o temores, si no obtiene el reconocimiento pleno de las personas intervinientes.

e. Conciliadora: Debe poseer una habilidad para poner en acuerdo a varias personas. Incluso, aunque esta capacidad se tenga innata, puede potencializarse con inducción sobre mediación y conciliación.

f. Sensible: Debe ser una persona que, ante lo perceptible o evidente, actúe basándose en un enfoque humano, promoviendo la dignidad de la persona, sus derechos, un trato equitativo, colaborador y de reconocimiento de las condiciones y las necesidades que afrontan los y las partícipes.

g. Comunicativa: Debe tener la facilidad para expresar las ideas oralmente de una manera diáfana, concisa y precisa, utilizando un lenguaje sencillo, ajustable a las personas con estudios universitarios o analfabetas.

h. Motivadora: Debe convertirse en un agente catalizador en las personas intervinientes, causando, en ellas, conductas proactivas y compromiso con lo acordado.

i. Experiencia: Debe tener una práctica prolongada que genera conocimientos no solo en la aplicación de la normativa relacionada con los

procesos restaurativos, sino también en el tratamiento de cada caso, de acuerdo con las circunstancias, vivencias y necesidades de las personas partícipes.

j. Liderazgo: Es la capacidad que puede alcanzar una persona juzgadora para ser reconocida por un grupo como una guía. Esta aptitud es muy útil, si se une a la motivación para alcanzar los objetivos de la justicia restaurativa.

k. Trabajo en equipo: La habilidad de tomar decisiones y laborar en conjunto con cada uno de los entes restaurativos se traduce en resultados exitosos.

l. Lenguaje paraverbal: Un buen manejo no solo de la oralidad, sino también de la gesticulación, la postura, las manos y las expresiones puede generar una mayor fluidez en las reuniones restaurativas y las audiencias de verificación.

m. Versátil: La capacidad de adaptarse con facilidad a diversas situaciones o labores impacta en el éxito de la justicia restaurativa que, de manera innovadora, irrumpió como una nueva manera de solucionar los conflictos judiciales.

n. Conocimiento: La comprensión de la normativa jurídica, la cultura, la situación actual, las minorías y los grupos vulnerables, entre otros, le permiten a la persona juzgadora no solo velar por las garantías de las partes intervinientes, sino además lograr resultados óptimos para la justicia restaurativa.

V. VENTAJAS DERIVADAS DE TENER UNA JUEZA O UN JUEZ CON HABILIDADES EN EL CONOCIMIENTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Del enunciado en el acápite anterior, se identifica una gama interesante de habilidades que configuran un perfil que garantiza la idoneidad de la persona juzgadora.

La integración de la mayoría de estas aptitudes inciden para que la dinámica de la reunión restaurativa sea exitosa, no solo por la homologación de una salida alterna, sino también para que su desarrollo sea interesante y adaptable a las condiciones socioeconómicas y culturales de las personas intervinientes.

Con ello, se alcanza un mayor nivel de concientización en la persona ofensora, sobre la necesidad de restaurar el daño ocasionado, y que la comunidad no solo se manifieste, sino además obtenga múltiples

beneficios que se traducen en horas de trabajo comunitario en diversas actividades de proyección social y en donaciones dirigidas a solventar infinidad de necesidades de grupos vulnerables que, incluso, por la situación económica actual, tienen reducidos sus ingresos por parte del Estado.

Cabe destacar que estas aptitudes desarrolladas en el acápite IV y algunas otras derivadas del presente análisis son hábiles herramientas para implementar una justicia restaurativa que se visualizó desde hace una década y que merece personas juzgadoras comprometidas con los valores y principios de la Ley N.º 9582.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (4 de junio de 1996). *Código Procesal Penal, Ley N.º 7594*.

Asamblea Legislativa. (2 de julio de 2018). *Ley de Justicia Restaurativa N.º 9582*.

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEBER DE TRIBUTAR

MSc. Minor José Soto Fallas*

RESUMEN

Es necesario dimensionar la utilidad de los principios en la ciencia del derecho tributario en el marco jurídico constitucional en el cual pretenden aplicarse. Se pretende un acercamiento al deber de contribuir, consagrado en los sistemas constitucionales español y costarricense, ambos Estados sociales y democráticos de derecho, y sus implicaciones en la justicia tributaria. Se considera, especialmente, el principio de capacidad económica como límite al deber de contribuir y al correlativo poder tributario, así como su articulación con otros principios limitadores en el marco jurídico-constitucional y económico de las sociedades costarricense y española.

Palabras clave: Deber de contribuir, Estado social y democrático de derecho, marco constitucional, capacidad económica.

ABSTRACT

It is necessary to measure the usefulness of the principles in the science of tax law in the constitutional legal framework in which they are intended to be applied. An approach to the duty to contribute is intended, enshrined in the Spanish and Costa Rican constitutional systems, both social and democratic States of law, and its implications in tax justice. The principle of economic capacity is especially considered as a limit to the duty to contribute and the correlative power to tax, as well as its articulation with other limiting principles in the legal-constitutional and economic framework of Costa Rican and Spanish societies.

Key words: *Duty to contribute, social and democratic state of law, constitutional framework, economic capacity.*

Recibido: 3 de mayo de 2022

Aprobado: 22 de agosto de 2023

* Juez Penal 4, Tribunal Penal de Desamparados. Master en Administración de Justicia. Correo electrónico: msotof@poder-judicial.go.cr

Sumario:

I- Cuestiones preliminares. II- El deber constitucional de contribuir. III- El deber de contribuir en el Estado social y democrático de derecho. IV- Régimen político económico y deber de contribuir. V- El deber de contribuir y la justicia tributaria. VI- Conclusiones. VII. Bibliografía.

I- CUESTIONES PRELIMINARES

Aunque la historia de la ciencia jurídica tributaria abarca un breve período de tiempo, algunos institutos parecen asentarse como sólida base de esta disciplina científica. Sin embargo, esto no puede dejar de despertar suspicacia en todo aquel que se acerca con pretensiones de cierta rigurosidad científica, pues, en esta tarea, siempre debe encontrar espacio el cuestionamiento de toda petrificación del conocimiento que pueda confundirse con una “verdad absoluta”.

Conviene reflexionar entonces sobre las bases “más sólidas” de nuestro conocimiento para decidir si se debe continuar por la misma senda o se deben buscar otros derroteros. Con este artículo, se pretende, al menos preliminarmente, hurgar en la dogmática tributaria agitando, si ello es posible, algún remanso de conocimiento.

Como es evidente, dentro de los estrechos límites temporales con que se cuenta para la preparación de este trabajo de investigación, resultaría ilusorio pretender abordar con exhaustividad cualquiera de los temas que apenas se esbozan en este artículo, de modo que, al menos, se espera sembrar inquietudes que se traduzcan en otros tantos esfuerzos por depurar la ciencia tributaria de mitos y justificaciones.

Toda ciencia que pretende la explicación exhaustiva de un fenómeno debe tender a la rigurosidad conceptual, y ello solo se logra concentrando la investigación en segmentos cada vez más reducidos de la realidad, con el consiguiente peligro de olvidar que ese fenómeno integra, con otros, uno mayor y más complejo, lo cual significa, por supuesto, que deben existir vasos comunicantes con otras disciplinas científicas, cuyos resultados son bagajes comunes. Así, cualquier conclusión es relativa y precisará de nuevas investigaciones para establecer su “verdad”.

Por ello, al intentar delinear el contorno de cualquier instituto tributario, deben considerarse los puntos de encuentro que el derecho financiero, en general, y el derecho tributario, en particular, mantienen tanto con la ciencia económica como con la ciencia política, para mencionar solo algunas.

Es claro que la intervención del Estado en la economía, ya sea a través del gasto o de la detracción de riqueza, solo tiene sentido en el marco de la justicia constitucional, y esa intervención no puede estar librada simplemente a la intuición, de allí el imperativo de volver la mirada a las conclusiones de la ciencia.

La ciencia jurídica no puede menos que compartir la suerte de otras disciplinas científicas. Por ello opera con modelos simplificados de la realidad regidos por normas denominadas “principios”. No obstante, a menudo, se olvida su función limitada e instrumental y se pretenden utilizar algunas conclusiones válidas en algunos supuestos para explicar una vasta realidad, con resultados, por supuesto, parciales y en grave riesgo de caer en la endogamia del metalenguaje sin vinculación con la realidad.

Estos modelos, algunos más otros menos, son útiles para explicar determinadas parcelas del fenómeno, pero ninguno da cuenta integral de él. Tal ocurre con el modelo explicado a partir de principios como el de capacidad económica, cuyo valor como criterios de justicia, o si se quiere, como ejes de explicación, dependen del contenido que se les asigne en cada caso, lo cual conduce a plantearse además de esta obvia relatividad espacial y temporal, la necesidad de acotar debidamente el amplio espectro de discrecionalidad que, en manos equivocadas, podría significar la inclinación de la balanza a favor del poder y en contra de la libertad, cual contrapesos que se equilibran precariamente en la sociedad moderna, y cuyo aseguramiento se encuentra en la raíz del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas.

De allí surge la necesidad de dimensionar adecuadamente la utilidad de los principios en la ciencia del derecho tributario, tarea en la que, necesariamente, debe partirse del marco jurídico constitucional en el cual pretenden aplicarse.

En este sentido, se pretende un acercamiento al deber de contribuir, consagrado en los sistemas constitucionales español y costarricense, no solamente desde la perspectiva estrictamente tributaria, sino también en cuanto instituto que responde a un diseño político, cuyo carácter se resume en la denominación Estado social y democrático de derecho, con la particular configuración de justicia constitucional y, por ende, tributaria que ello implica.

Obligada referencia tendrá el principio de capacidad económica como límite -que calificamos esencia- al deber de contribuir, y al correlativo poder tributario, ante todo como garantía del derecho de autodeterminación

de cada individuo, considerando, hasta donde sea preciso, su articulación con otros principios limitadores en el marco jurídico-constitucional y económico de las sociedades costarricense y española; pero siempre dentro de la matriz política a la que se adhieren ambos cuerpos sociales.

II- EL DEBER CONSTITUCIONAL DE CONTRIBUIR

Según el artículo 18 de la Constitución Política de Costa Rica:

“Los costarricenses deben observar la Constitución Política y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos”.

Por su parte, el artículo 31 de la Constitución Política de España señala:

“1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

Si, en ambos artículos, encontramos el deber constitucional de contribuir para sufragar los gastos, estableciéndose por ello el correlativo poder estatal de establecer impuestos, la disposición costarricense es omisa en cuanto no establece ningún límite expreso a ese deber, de modo que, en cuanto a este extremo, esta disposición debe interpretarse de manera armónica con todo el ordenamiento constitucional a efecto de

delinear apropiadamente sus contornos¹. En España, la situación es totalmente distinta al establecerse como límites la capacidad económica, la igualdad y la progresividad en un amplio marco de justicia.

Según el tribunal constitucional costarricense, tal deber de contribuir debe fundarse:

[...] en los principios generales del derecho tributario, que están implícitos en esa norma. Por ello se dice que el tributo debe ser justo, basado en la contribución de todos según su capacidad económica, y debe responder a las principios de igualdad [...] y progresividad. Este último principio responde a una aspiración de justicia, que se refleja en la máxima de que paguen proporcionalmente más impuestos quienes cuentan con un mayor nivel de renta, lo que lleva implícito, desde luego, el principio de interdicción del tributo confiscatorio².

Sorprende la ligereza del alto tribunal costarricense en el extracto inmediatamente antes citado, cuando afirma que los límites al deber de contribuir y, por consiguiente, al poder tributario, se encuentran implícitos en el artículo 18 constitucional, llegando al extremo de “derivar” como implícita la “no

confiscación” del principio, al mismo tiempo, implícito, de progresividad.

En realidad, más que una derivación lógica, ausente en el razonamiento seguido por el tribunal constitucional, sus afirmaciones responden a la adopción, sin más, de los principios consagrados por el constituyente español, sin especial consideración de las particularidades del régimen constitucional costarricense. Ciertamente es que se ha intentado tejer, desde la normativa constitucional costarricense, el fundamento normativo para principios constitucionales de justicia tributaria, en cuya regulación el constituyente español aventaja al costarricense.

Cabe advertir, sin embargo, que la regulación española debe constituir un acicate para la ciencia del derecho tributario en Costa Rica que no debe limitarse a calcar los institutos españoles, aunque es indudable que deben tomarse como referentes para ulteriores precisiones científicas.

Tal y como adelantáramos, con el deber constitucional de contribuir para sufragar los gastos públicos, surge el poder tributario, es decir, la potestad de gravar las manifestaciones de riqueza³.

De acuerdo con el autor costarricense FAJARDO SALAS, el deber de contribuir

1 Refiriéndose a este y otros deberes constitucionales, el tribunal constitucional costarricense manifiesta: “Eso sí, se dan en el entendido de que los deberes constitucionales, al igual que los derechos con ese rango, no son absolutos, por lo que su regulación debe responder a topes y pautas de proporcionalidad y razonabilidad, debiendo por ello tener ciertas características, tales como generalidad, deben ser determinados, sea corresponder a un servicio concreto, pero sobre todo, no deben superar lo que requiera la solidaridad y la justicia social”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 11594-01.

2 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2349-03.

3 El poder tributario “Es la facultad que tiene el Estado de crear, modificar o suprimir unilateralmente tributos. La creación obliga al pago por las personas sometidas a su competencia. Implica, por tanto, la facultad de generar normas mediante las cuales el Estado puede compeler a las personas para que le entreguen una porción de sus rentas o patrimonios para atender las necesidades públicas”. Belisario Villegas, Héctor. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, p. 252.

“[...] constituye el fundamento del poder tributario. Como se señaló antes, su razón de ser es la solidaridad que el constituyente espera de cada persona, con los demás y como contraprestación de los beneficios actuales o potenciales, determinados o no, recibidos del Estado”⁴.

En otros términos, el poder tributario no puede fundarse, sino en la propia decisión del pueblo, titular de la soberanía, de ceder parte de su riqueza para que el Estado alcance los fines que le son propios.

La consagración constitucional del deber de contribuir no es más que la cláusula que explicita la voluntad soberana del pueblo sobre este extremo, de modo que los alcances del poder tributario estarían limitados por la forma en que se disponga el deber de contribuir. Es inobjetable que, en el reconocimiento de ese deber, existe una razón de justicia por la cual el pueblo acepta contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, pues si el Estado persigue ciertos fines, lo es en beneficio de todos - al menos ese es el planteamiento teórico - de modo que todos deben coadyuvar. Así lo ha establecido el órgano de control de constitucionalidad costarricense al considerar:

“[...] En otras oportunidades este Tribunal Constitucional ha admitido que el principio de solidaridad social, del que está imbuida nuestra Constitución Política, permite el gravamen soportado por todos en favor de

todos, inclusive de unos pocos en favor de muchos”⁵.

En efecto, el deber de contribuir encuentra explicación en el principio de solidaridad, siendo ello una concreción del reconocimiento de la intrínseca dignidad humana, por lo cual, la razón de existir del Estado es el desarrollo pleno e integral de cada individuo.

Con una definición no ajustada a los postulados del Estado democrático de derecho, VILLEGAS concluye que el poder tributario

“[...] es de naturaleza política, es expresión de soberanía; es un poder inherente al de gobernar, porque no hay gobierno sin tributos, y su contrapartida es el deber ético-político-social del individuo de contribuir al sostenimiento del Estado”.

En lo absoluto, el poder tributario no es inherente al de gobernar, pues de estimarlo así, bastaría con otorgar el segundo para que se acceda sin cortapisas al primero, cuando en realidad tanto el poder de gobernar, como el poder tributario se sujetan a los límites precisados en el mandato, ya sea que se formulen en forma positiva o en forma negativa al configurar el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas.

4 Fajardo Salas, Gonzalo. (2005). *Principios constitucionales de la tributación*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro S. A., p. 39.

5 Sentencia número 5141 de las 18:06 horas del 7 de diciembre de 1994 y voto 7806-2003 de las 16:49 horas del 30 de junio de 2003.

El correlato al poder tributario es el deber de contribuir. Ciertamente, como ya se adelantó, el deber de contribuir tiene un sustrato ético y de solidaridad, de allí la consagración normativa del deber de contribuir como soporte jurídico a la potestad tributaria. En otros términos, no es el poder tributario el que da lugar al deber de contribuir, como si en ello pudiera acudir a la naturaleza bifronte de toda norma jurídica como punto de análisis, pues el surgimiento del poder tributario, como consecuencia jurídica, tiene como supuesto la expresa regulación del deber de contribuir.

Desde luego, existen también razones lógicas y prácticas por las cuales se establece el deber de contribuir para el sostenimiento de los gastos públicos, pues aunque el principio de solidaridad responda al más amplio de justicia, ello aunque loable, no siempre es alcanzable, mientras que el Estado y su demanda de recursos son una realidad que debe enfrentarse detrayendo riqueza de las personas particulares, aunque el sentimiento de solidaridad mengüe día a día. Al respecto, considera la Sala Constitucional costarricense:

Una de las obligaciones constitucionales claramente establecidas (artículo 18) es la de contribuir con las cargas públicas. Independientemente del sistema político que tenga un país, es claro que ni el Estado ni el mercado, pueden por sí solos solventar las necesidades sociales, de ahí que, sin importar el tamaño del Estado o del mercado por le que se opte,

desde tiempos inmemoriales, se ha estimado indispensable que los integrantes de una comunidad colaboren económicamente para solventar aquéllos fines comunes que son de interés de todos, que evidentemente no se van a satisfacer ni a base de la buena fe o voluntad de las personas, ni mucho menos de la productividad del Estado. Lógicamente que en un contexto democrático esto implica que, a la par de la obligación de todo habitante de contribuir con las cargas públicas, está la del Estado de operar con eficiencia dentro de los postulados de justicia y equidad⁶.

En cualquier caso, el deber de contribuir y el poder tributario no son absolutos, encuentran límites expresos e implícitos en el ordenamiento constitucional y, sobre todo, en los principios filosóficos que inspiran al Estado social y democrático de derecho.

En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense ha establecido:

“[...] los deberes constitucionales, al igual que los derechos con ese rango no son absolutos, por lo que su regulación debe responder a topes y pautas de proporcionalidad y razonabilidad, [...] pero sobre todo, no deben superar lo que requiera la solidaridad y la justicia social”⁷.

6 Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Voto 0891-00 de las 15:03 horas del 13 de septiembre de 2000.

7 Sala Constitucional, voto 07806-2003 de las 16:49 horas del 30 de julio de 2003

Para Villegas, en cambio,

*“Desde el punto de vista jurídico, el ejercicio de la potestad tributaria no reconoce más límites que los que derivan de los preceptos constitucionales”*⁸.

Esta afirmación del afamado tratadista argentino resulta inexacta, pues debe recordarse que los preceptos constitucionales son solo un modelo, más o menos exitoso, pero siempre inacabado de la compleja realidad, en el cual la dignidad y desarrollo humano ocupan el eje central, de manera que los preceptos constitucionales son puntos de referencia, pero, de ninguna manera, son los únicos límites al poder tributario.

En realidad, de la intrínseca dignidad humana, como principio rector de los sistemas constitucionales español y costarricense, irradian los límites al poder del Estado, incluyendo el poder tributario. Al respecto, la Sala Constitucional afirma:

[...] A igual que la justicia tributaria, no puede verse aislada del resto de los objetivos de justicia, que con carácter general persigue la Constitución, de forma que sólo habrá justicia tributaria, cuando la aplicación de los

*tributos responda a los criterios de justicia constitucional que se encuentran por encima de cada una de las instituciones que integran el ordenamiento jurídico*⁹.

De esta forma, el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas no es una partícula libre en el universo constitucional del Estado que pueda ser anexionado a cualquier propuesta de gobierno. Este deber constitucional solo puede ser interpretado en el marco del Estado social de derecho; es decir, como factor necesario en la actualización de los derechos fundamentales a favor del mayor número, sin olvidar la intrínseca dignidad humana de quien, en último término, se ve privado de una parte de su riqueza.

III- EL DEBER DE CONTRIBUIR EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Por Estado democrático de derecho entendemos aquel en que la creación, modificación y extinción de relaciones de poder público frente a la persona ciudadana depende de la realización de determinados supuestos fácticos o jurídicos, previa y expresamente contemplados en actos emanados de quien detente la soberanía, reconociendo como tal al pueblo, o de sus legítimos representantes y, por ello,

8 Belisario Villegas, Héctor. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, p. 253.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, voto 2349-2003.

vinculantes para todos sus destinatarios¹⁰. Para ORTIZ, las características fundamentales del Estado de derecho son

“[...] su finalidad protectora de la propiedad y de la libertad y, en general de la personalidad, y de sus inalienables derechos subjetivos (garantías constitucionales)”¹¹.

Fundamentalmente, el Estado democrático de derecho descansa sobre el reconocimiento de la intrínseca dignidad de cada ser humano, de modo que se le conceptúa como un fin en sí mismo y no como un medio¹². Sobre el valor intrínseco de cada ser humano, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto:

“Sobre el respeto a la dignidad humana se asienta el orden y la paz social, así como toda organización que se precie de ostentar una legitimación sustancial de su existencia. Y ello es así, porque como dijo Beccaria, aunque refiriéndose a las penas, “no hay libertad, cuando algunas veces se permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repute como cosa”¹³.

De acuerdo con el tratadista costarricense ORTIZ ORTIZ, el Estado social significa:

[...] un aumento del poder en beneficio de la igualdad, más que de la propiedad o de la libertad. Su finalidad es repartir y utilizar al máximo los recursos de la comunidad en provecho del que más lo necesita. Se trata de una intervención en la vida económica para favorecer a determinadas personas, clases, o grupos con el fin de elevar el nivel de vida de los que están más abajo en el goce de la propiedad, aunque jurídica y supuestamente tengan tanta libertad como el rico. Las técnicas del Estado social están en los servicios públicos, en las prestaciones de socorro a ciertos grupos o de fomento de ciertas actividades y, sobre todo, en las políticas económicas del Estado, sobre precios, moneda, crédito, y hacienda pública (básicamente tributaria). A la inversa de lo que ocurre con las técnicas del Estado de Derecho que representan una prohibición al Estado y una y una abstención de éste frente al

10 “Históricamente la soberanía ha sido el instrumento apriorístico para justificar y legitimar el poder estatal, entendido este último como la superioridad frente a cualquier otra fuerza que se desenvuelva en el ámbito del Estado y que ejerzan los diversos grupos sociales que integran el elemento humano de la organización política. El poder Estatal debe, sin embargo, respetar siempre la voluntad popular manifestada mediante las decisiones de las asambleas constituyentes originarias. La libertad-participación constituye una esfera de autonomía individual que le otorga al individuo la posibilidad de actuar o participar en lo político y social, de acuerdo a su propia voluntad, mientras respete las normas especiales de cada actividad. La titularidad de ese derecho, en lo que atañe a su ejercicio, y por imposición de la idea política dominante en la actual sociedad, corresponde al grupo humano que integra el Estado, el cual lo ejerce directamente, o por medio de sus representantes que lo conforman, en el plano originario el poder constituyente y en el derivado el gobierno y los legisladores”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2771-03.

11 Ortiz Ortiz, Eduardo. (Mayo-agosto de 1976). Costa Rica: Estado social de derecho. *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 29, Universidad de Costa Rica, p. 56.

12 Artículos 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

13 Sentencia 1996-01428 de las quince horas treinta y seis minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis.

*individuo y a la sociedad, los modos de operar del Estado Social implican una prohibición al individuo o una prestación y participación estatales, que crean y distribuyen riqueza*¹⁴.

Como se puede intuir del desarrollo doctrinal expuesto, la denominación “Estado social de derecho” plantea serias interrogantes al considerar las distintas y quizás opuestas direcciones que pretenden darse al aparato estatal, aunque es evidente que el Estado social se materializa a través de la voluntad popular manifestada en la ley, de modo que, en ello, no se advierte ninguna contradicción. La dificultad radica en coordinar los objetivos que se persiguen con ambas formas de Estado. En última instancia, se trata del conflicto entre libertad individual poder público¹⁵ y, al declarar un Estado “social” y “de derecho”, se está planteando una relación de equilibrio que no siempre es fácil alcanzar, pero que atañe a todo el ordenamiento jurídico.

El análisis del deber de contribuir al sostenimiento de la cargas públicas no escapa a esta realidad, de manera que su contenido está marcado por la especial configuración política del Estado de que se trate, sin que sea admisible en Costa Rica la simple asimilación del principio tal y como ha sido configurado en España u otro Estado.

En cualquier caso, la regulación constitucional tributaria refleja claramente este moderno e

irreductible conflicto entre lo individual y lo colectivo, siendo el principio de capacidad económica un claro ejemplo de contrapeso al deber de contribuir, pues, en última instancia, la contribución corresponde a una limitación del derecho de propiedad reconocido por el Estado de derecho frente a la necesidad estatal de obtener recursos financieros para financiar la cada vez mayor intervención del Estado social¹⁶.

España se proclama, según el artículo primero literal primero de su Constitución Política, como un

“[...] un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

En el numeral segundo de este artículo primero, se preceptúa que la soberanía reside en el pueblo español. Asimismo, de acuerdo con el artículo 9, numeral tercero, y en estricta concordancia con la proclama del artículo primero, se dispone que

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad

-
- 14 Ortiz Ortiz, Eduardo. (Mayo –agosto, 1976). Costa Rica: Estado social de derecho. *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 29. Universidad de Costa Rica, p. 57.
- 15 En este sentido, Wolfgang, Horn. (1999). Estado de derecho y Estado social. El Estado social de derecho como principio constitucional. En *Estado de derecho y democracia*. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. Compilado por Josef Thesisng, segunda edición, p. 175.
- 16 Wolfgang, Horn. (1999). Estado de derecho y Estado social. El Estado social de derecho como principio constitucional. En *Estado de derecho y democracia*. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. Compilado por Josef Thesisng, segunda edición, p. 179

jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

La dignidad humana encuentra expreso reconocimiento y tutela en el artículo diez, numerales primero y segundo, de la carta política española al regularse:

*1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

Esta dignidad humana conlleva, necesariamente, el carácter imperativo con el que se regula el principio de igualdad en el artículo catorce del mismo cuerpo normativo:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En la Constitución Política de la República de Costa Rica, no encontramos una regulación sistemática al modo español. Sin embargo, en su articulado, se descubren, sin duda, disposiciones concretas de las cuales se puede inferir la inequívoca voluntad de configurar un Estado democrático de derecho. Así, en el artículo primero, expresamente, se dispone **“Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”**¹⁷. En igual sentido, aunque equiparando los conceptos de nación y pueblo, se dispone en el artículo segundo: **“La soberanía reside exclusivamente en la Nación”**. En el artículo nueve constitucional, se norma el carácter popular, representativo y participativo del Gobierno de la República, y en el artículo once, se designa a los funcionarios públicos como simples depositarios de la autoridad.

Partiendo de la Constitución Política como vértice, la preocupación costarricense por la integridad del ordenamiento jurídico encuentra regulación expresa en el artículo diez, según el cual corresponderá a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia controlar la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público¹⁸.

Por último, en el artículo 33 de la Constitución Política costarricense, se dispone:

17 “[...] la positivización del “principio democrático” constituye uno de los pilares – por no decir, el núcleo o esencia – en el que se asienta nuestro sistema republicano, y conlleva que todo el sistema normativo deba ser interpretado conforme a los principios que informan este sistema de vida y de conceptualización del Estado, en el que los derechos reconocidos a las personas les deben ser respetados por esa sola condición, independientemente de su origen nacional, raza, credo político o religioso, sin discriminaciones a su dignidad como ser humano”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2771-03. En el mismo sentido, los votos 12017-02, 8867-02, 6470-99, 678-91, 1261-90.

“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”¹⁹.

Sobre la naturaleza del Estado costarricense, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia concluyó:

“A partir del examen de los textos constitucionales, los principios y valores que integran el Derecho de la Constitución, la jurisprudencia de esta Sala ha sido consistente en señalar que Costa Rica es un Estado Social (artículo 50 de la Constitución Política), democrático (art. 1 id.) y de derecho (arts. 9 y 11 id.)”²⁰.

Como fundamento del carácter social del Estado costarricense, se cita particularmente el artículo 50 de la Constitución Política, en el cual, se indica:

“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. [...]”²¹.

Desde luego, como parte de las garantías sociales, también deben considerarse el derecho al trabajo y el deber del Estado de procurar el pleno empleo debidamente remunerado y de acuerdo con la dignidad del ser humano (artículos 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 68, 70, 71, 72, 73 y 74), así como la educación pública desde la etapa preescolar hasta la universitaria (artículos 76 a 89).

El constituyente español ha regulado con amplitud el papel que, a su juicio, el Estado debe jugar en la economía, disponiendo expresamente en el artículo 40:

1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y par“a una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

En el artículo 128 constitucional español, se regulan las amplias facultades concedidas al poder público para intervenir en la economía, de modo que:

18 “El papel, obligación o mandato de un Tribunal Constitucional es defender la constitución, mediante una interpretación que coincida con los principios de la misma, acogiendo las acciones de que disponen los habitantes de la nación como garantías y dando respuesta de acuerdo a su más alto concepto de la justicia, la libertad y la igualdad, en caso contrario, la Sala Constitucional estaría simplemente renunciando a su misión”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2771-03.

19 “El principio de igualdad tal y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 6497-02. En el mismo sentido, los votos 11932-01, 3055-01, 4264-00, 4829-98, 3041-97, 371-96, 7182-94, 6097-94, 5972-94, 3910-94 y 1474-93.

20 Voto 2805-99 de las 17:30 horas del 27 de abril de 1999.

21 “El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que “el Estado procurará el mayor bienestar a todos los costarricenses del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza” lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibidem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 4675-03.

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

Por último, en el artículo 131, se atribuye al Estado español un carácter marcadamente social:

1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.

Si bien el Estado costarricense y el Estado español pueden ser caracterizados como Estados sociales de derecho, se encuentran ubicados en posiciones diversas del espectro político internacional, de forma tal que se advierte, en el caso español, un mayor énfasis en el carácter social del Estado, acarreado

con ello importantes consecuencias sobre la actividad financiera del Estado y, desde luego, sobre el contenido del deber de contribuir y de los límites materiales al poder tributario.

La identificación y la satisfacción de las necesidades públicas dependen en buena medida de los fines atribuidos al Estado. Estos fines, a su vez, se vinculan con la forma como se conciba al Estado frente al individuo, ya sea como mero garante de ciertos derechos fundamentales actuales o potenciales o como verdadero agente de actualización de tales derechos. Desde luego, la presión fiscal que pueda ejercerse sobre el contribuyente en uno u otro caso es distinta, como distinto es el contenido de los límites materiales al deber de contribuir en cada hipótesis.

IV- RÉGIMEN POLÍTICO ECONÓMICO Y DEBER DE CONTRIBUIR

Si bien el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas es un tema jurídico de primer orden, debe ser abordado también desde la óptica de la política económica, debido, fundamentalmente, a la superposición de las esferas pública y privada en lo concerniente a la satisfacción de necesidades humanas individuales y colectivas, como consecuencia del activo papel del Estado en la economía, corolario de los postulados del Estado social. En este sentido, escribe VILLEGAS:

“Todo conocimiento profundo de la ciencia financiera es imposible sin referirse de continuo a los principios de la ciencia económica. Incluso en la reciente evolución de ambas ciencias ha tendido a estrechar más los vínculos. En el campo económico, las actuales teorías macroeconómicas, al actuar

*sobre magnitudes globales amplían el campo de acción de la economía. Al efectuar globalmente el estudio del comportamiento de los grandes sectores de la economía no pueden prescindir de la preponderante influencia del sector público*²².

La realidad económica no es un fenómeno unidimensional, en ella, concurren diversos actores, múltiples bienes y servicios de naturaleza diversa objeto de innumerables operaciones económicas, todo ello acaece en distintos ámbitos, ya sea regional, nacional o supranacional. En cualquiera de estos ámbitos, la actividad o inactividad del Estado tiene importantes repercusiones sobre el desarrollo de la actividad económica, básicamente por la reducción del ámbito de libertad que, en lo que interesa a este artículo, supone la presión fiscal necesaria para financiar las incursiones estatales.

Por otra parte, la intervención estatal depende de la caracterización constitucional del Estado, la cual responde a una particular escala de valores, de forma tal que, en el Estado social, se esperaría una activa participación del sector público en la economía. De acuerdo con esa escala axiológica, los fines asignados al Estado son los que determinarán cuándo, cómo, por qué y dónde debe desplegarse la actividad financiera del Estado.

Tanto el Estado español como el costarricense, como Estados sociales de derecho y siguiendo una escala de valores similar, se han decantado por colocar al

individuo como el origen y fin de la actividad estatal en general. No puede ser otra la razón de existir del Estado social y democrático de derecho, sino el reconocimiento de la intrínseca e igual dignidad de cada ser humano, correspondiendo al Estado auspiciar aquel desarrollo personal mediante el establecimiento de las condiciones necesarias para ello, a través del empleo de los instrumentos de política económica a su alcance, ya sea de naturaleza financiera, monetaria, fiscal o de otra índole.

Sin embargo, el empleo de estos instrumentos de política económica no depende tan solo del régimen político adoptado, pues es claro que su utilización dependerá de la corriente de pensamiento económico prevaleciente en las cúpulas gobernantes, a menudo de difícil precisión ante el hecho de que, en la ciencia económica, se aprecia una creciente atomización²³ marcada por la preocupación de una mayor o, por el contrario, menor participación del Estado en la economía, rangos dentro de los cuales caben los más variados matices.

En cualquier caso, la actividad del Estado social y de derecho tiene dos frentes de acción, por una parte, debe considerar la satisfacción de necesidades públicas, es decir, aquellas en beneficio de todos o de una mayoría en orden a la actualización de los derechos fundamentales. Por otra parte, debe reconocer y preservar el derecho de cada individuo a satisfacer sus necesidades individuales de la manera que juzgue más conveniente. En otros términos, al diseñar y ejecutar la actividad

22 Belisario Villegas, Héctor. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, p. 35.

23 Calvo Bernardino, Antonio y Galindo Martín, Miguel. (1992). *Lecturas sobre política fiscal*. Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, p. 13.

estatal, debe considerarse al individuo como destinatario de esa actividad, pero también como contribuyente para el sostenimiento de tal esfuerzo colectivo.

El reconocimiento del derecho de libre autodeterminación conlleva, sin duda, el deber de garantizar la facultad de cada persona ciudadana de contar con su propio patrimonio y de administrarlo libremente. Así el artículo treinta y tres de la Constitución Política española preceptúa:

“1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

En forma congruente, el ordenamiento constitucional español reconoce en el artículo 38 de la Carta Magna,

“[...] la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Del mismo modo, los derechos de cita traen aparejada la libertad para que cada quien se procure los mejores medios de vida, lo cual encuentra reconocimiento expreso en el artículo treinta y cinco de la Constitución española al preceptuar:

“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

En igual sentido, pero utilizando una fórmula más afín con los postulados clásicos del Estado de derecho, antes que con los de un Estado social, la Constitución Política costarricense norma en el artículo 45:

“La propiedad es inviolable, a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. [...] Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social”.

No cabe duda de que el margen constitucional para el desarrollo de las políticas económicas compatibles con el Estado social es amplio en el Estado español, a diferencia del estrecho resquicio que el constituyente costarricense ha dejado con este mismo propósito y que, sin duda, es un factor que juega en contra de la actualización de los derechos fundamentales en amplios sectores de la sociedad costarricense, en la cual se aprecia un alto grado de concentración de la riqueza.

A pesar del clásico texto constitucional costarricense, el tribunal constitucional

patrio pretende una interpretación acorde con los tiempos que corren y afirma:

Este derecho contrariamente a como se le concebía en otros tiempos, no es de naturaleza estática, sino que conforme a las exigencias de nuestro tiempo se le ha de considerar elástico y dinámico, esto es que atribuye a sus titulares, tanto interna como externamente facultades, deberes y limitaciones. El poder del propietario sobre la propiedad está determinado por la función que ésta cumpla. El objeto del derecho de propiedad ha sufrido transformaciones importantes. Actualmente, no solo es tutelable el derecho de los propietarios, si no también diversos intereses generales o sociales que coexisten con aquél. El derecho objetivo enmarca el contenido de los derechos subjetivos²⁴.

Los motivos de esta interpretación constitucional son loables y, aunque debe reconocerse la función social de la propiedad, lo cierto es que las limitaciones que, con este propósito, se intenten a este derecho constitucional tropiezan con el diseño jurídico plasmado en el texto constitucional, harto limitado en lo que al Estado social concierne.

No puede pasarse por alto, sobre el particular, que se precisa una votación calificada para imponer cualquier limitación de interés social. Si como objetivo último de toda política económica, se señalan la creación y redistribución de la riqueza, entonces la configuración constitucional del Estado

costarricense, sobre todo, como uno de derecho según postulados clásicos, impone serias restricciones para alcanzar este objetivo, el cual, por cierto, implica una fuerte presión fiscal sobre el o la contribuyente; es decir, un contenido del deber de contribución diverso a aquel que puede desprenderse del texto constitucional costarricense.

En efecto, la mayor o menor amplitud con la cual se reconoce el Estado social desemboca, necesariamente, en la identificación, cada vez más numerosa, de necesidades públicas a satisfacer, engendrándose así una mayor demanda de recursos financieros que son detraídos del patrimonio privado. Por esta vía, pero obviando los postulados del Estado de derecho, el reconocimiento de la existencia y fomento de la riqueza privada podría acotarse entre márgenes peligrosamente mudables que tenderían a constreñir o a destruir la riqueza del contribuyente.

Pero, en esta materia, debe reconocerse también que, tratándose de la identificación y satisfacción de necesidades públicas, conviene considerar asimismo los fines del Estado de derecho, del que España y Costa Rica participan y, según el cual, en la calificación de una necesidad como “pública” y en la elección de los medios para satisfacerla, el Estado no puede actuar de espaldas a la ciudadanía, es decir, negándole el derecho constitucional a su autodeterminación que se asienta, entre otros, en el derecho de propiedad²⁵.

24 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 3656-03. En el mismo sentido, el voto 5504-02, 5097-93.

Se le puede mostrar al individuo un modelo de desarrollo personal y el camino menos empinado para alcanzarlo. Pero nunca sería legítimo arrastrarlo hacia “ulteriores estadios de humanidad”, porque, en el proceso, se mancilla su dignidad²⁶. En este sentido, VILLEGAS señala:

[...] la actividad financiera del Estado tiene un contenido económico que constituye su carácter universal, ya que se refiere siempre a la obtención de los medios para la satisfacción de necesidades. Pero, además, esa actividad está determinada por elementos políticos como consecuencia de la naturaleza de su sujeto activo, que actúa en función de intereses

*generales, valorados con criterios relativos según las circunstancias de tiempo y lugar*²⁷.

De esta forma, si se pierde de vista la doble naturaleza de los Estados tomados como referencia, España y Costa Rica, se corre el riesgo de estimar como una necesidad pública no solo la prestación de ciertos servicios que podrían quedar librados a la iniciativa privada, sino también, lo que es más grave estimar como una necesidad pública la misma intervención estatal en ciertos aspectos de la economía, cuando tal modelo tampoco se traduciría en mayor bienestar²⁸ y sí en una mayor presión fiscal que redundaría en el menoscabo de la capacidad de cada contribuyente para alcanzar su autodeterminación.

-
- 25 “No obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de “necesaria”, “útil”, “razonable” u “oportuna”, las restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente. En este orden de ideas, debe distinguirse entre el ámbito interno, que se refiere al contenido propio o esencial del derecho – que ha sido definido como aquella parte del contenido sin el cual el derecho mismo pierde su peculiaridad, o lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo-, de manera que no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección; y el ámbito externo, en el cual cobra relevancia la actuación de de las autoridades públicas y de terceros. Asimismo, de la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad – sentencia número 3550-92-, así por ejemplo: 1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés de la justicia y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente y por ende excepcional”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 4869-04. En el mismo sentido, 1792-99, 6273-96, 4857-96, 4205-96 y 3550-92.
- 26 “Costa Rica es una República democrática, libre e independiente, dice el artículo 1 de nuestra Carta Magna. Como toda democracia, nuestro sistema parte de la base de que los ciudadanos somos libres, y es esa libertad la que nos permite escoger la forma en que queremos desarrollar nuestras vidas. Podemos aprovechar esa libertad para desarrollar lo mejor de nuestras cualidades y capacidades, o bien para desperdiciarlas, lo cual también es parte del ejercicio de esa libertad. Escojamos uno u otro camino, lo importante es que, en una democracia, quiénes somos o queremos ser es una decisión personal y no del gobernante de turno”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Votos 3303-02 y, en el mismo sentido, 713-97, 7550-94 y 7549-94.
- 27 Héctor Belisario Villegas. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*.. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, p. 20.

Para el autor argentino VILLEGAS, las necesidades públicas serían aquellas

“[...] que nacen de la vida colectiva y se satisfacen mediante la actuación del Estado”²⁹.

Las necesidades descriptas reunirían, por tanto, estas características:

“[...] a) son de ineludible satisfacción porque de lo contrario no se concibe la comunidad organizada; b) son de imposible satisfacción por los individuos aisladamente considerados, y c) son, en consecuencia, las que dan origen y justificación al organismo superior llamado Estado. Ellas reciben el nombre de necesidades públicas absolutas o primarias y constituyen la razón de ser del Estado mismo”³⁰.

Asimismo, VILLEGAS se refiere a otro tipo de necesidades públicas, de carácter secundario, a su juicio, que aunque nacen de la comunidad organizada, su satisfacción es de incumbencia estatal

“[...] por cuanto atañen a la adecuación de la vida comunitaria a los progresos emergentes de la civilización (educación, salud, transportes, comunicaciones, seguridad social, etc.)”³¹.

En cualquier caso, para la satisfacción de estas necesidades, se precisa la generación de riqueza, ya sea que el mismo Estado la genere o que la detraiga de la esfera privada. De una u otra forma, el Estado debe intervenir en la economía para obtener los recursos necesarios en orden a la satisfacción de esas necesidades, tropezando en ello con el problema económico fundamental, a saber, la satisfacción de necesidades ilimitadas con recursos limitados y con la variable adicional, en virtud de la intrínseca dignidad humana de no estrangular la iniciativa privada en cuanto es generadora de riqueza.

28 “Sabido es que los postulados liberales clásicos quedaron debilitados por las guerras, las crisis cíclicas y la desocupación. Se requirió entonces una mayor actuación del ente público para apuntalar la economía nacional y obrar como factor de equilibrio. Se pasó de la neutralidad estatal al intervencionismo del Estado moderno. [...] Durante aproximadamente cuarenta años, prácticamente todos los gobiernos occidentales (aún guiados por partidos de distinto signo) compartieron una ideología más o menos similar, inspirada en una misma teoría - el keynesianismo -, que pretendió justificar de manera científica la intervenciones del Estado como garantía de empleo y crecimiento. El ideal común era atractivo porque intentaba armonizar la prosperidad económica y la justicia social, y los medios para lograrlo eran la centralización estatal, con el acaparamiento de las más diversas actividades, la fiscalidad progresiva y la redistribución social. Tampoco por este camino fue alcanzado el ideal [...] Belisario Villegas, Héctor. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, pp. 27-29.

29 “Las funciones públicas y los servicios públicos son considerados dentro de nuestro campo de estudio como las actividades, comportamiento, movimientos o intervenciones que lleva a cabo el Estado con el fin de satisfacer las necesidades públicas [...] Tal accionar es el que justifica la obtención de ingresos y la realización de gastos, o sea, la actividad financiera [...]. Héctor Belisario Villegas. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, p. 7.

30 Belisario Villegas, Héctor. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, pp. 4-6.

31 Belisario Villegas, Héctor. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, p. 6.

No en vano, el artículo 50 de la Constitución Política costarricense dispone:

“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes el país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”.

Esta disposición encuentra parangón en el artículo 40 de la Carta Magna española donde se regula que:

“1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”.

En este caso, RODRÍGUEZ BEREIJO señala:

[...] toda la política de incremento a ultranza del gasto tropieza con ciertos límites absolutos, más allá de los cuales las cargas derivadas de su financiación (vía impuestos y endeudamiento interior y exterior del Estado) harán disminuir, en vez de aumentar, la producción social. Así, hoy ha pasado a un primer plano el problema de los límites a la expansión de las necesidades de financiación de las funciones

encomendadas al Estado social y democrático de Derecho, ante el fenómeno, claramente perceptible, de la creciente resistencia de los ciudadanos al aumento de la presión fiscal. Límites que son tanto económicos derivados de la misma capacidad fiscal del Estado (la denominada crisis fiscal o crisis del Estado Fiscal) y de las leyes de funcionamiento del sistema económico, como jurídicos, derivados de las normas y principios de la Constitución que delimitan y encauzan el ejercicio del poder tributario y de gastar³².

Es incuestionable entonces la existencia de un límite particularmente infranqueable al poder tributario y al deber de contribuir, en función de la intangibilidad de la esfera privada, sobre todo, a la facultad absoluta de fijarse fines y de elegir medios para alcanzarlos, lo cual encuentra amparo constitucional en el medio costarricense en el artículo 28 constitucional, donde a la letra se dispone:

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”.

En torno a esta disposición, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resuelve:

32 Rodríguez Bereijo, Álvaro. *Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española*, p. 2.

La palabra libertad alude claramente a una esfera de autonomía que permite, sea en el orden físico o psíquico, moral o social, diversas opciones igualmente posibles y similarmente válidas frente a un hecho o circunstancias determinadas. En este sentido, hay libertades, que siempre son derechos en cuanto implican opciones posibles en ejercicio de una autonomía de voluntad y de acción reconocida al ser humano. [...] de conformidad con el primer párrafo, las personas físicas están facultadas para hacer todo aquello que no infrinja la ley, expresión totalmente equivalente al llamado principio de libertad, según el cual, para el ser humano, todo o que no está prohibido está permitido. [...] El mismo artículo 28, en su párrafo 2, avanza un paso más, para armonizar aquel principio general de libertad, todavía meramente formal, con una concepción materialmente democrática que lo llena de contenido, colocando en su base lo que puede llamarse sistema de la libertad. Según éste, el ser humano, no solo puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, sino que tiene también la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad y, por ello, de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución, supuestos excepcionales y, por ende, de

interpretación restrictiva, que pueden resumirse en el concepto de bien común rectamente entendido³³.

Ahora bien, a través de la elección autónoma de objetivos y medios, el reconocimiento de una esfera privada intangible para la satisfacción de las necesidades individuales requiere la promoción del Estado social de derecho a efecto de lograr su consolidación y desarrollo, y se diseña y ejecuta la actividad financiera estatal para la actualización de este y otros derechos en la cabeza de cuantos sean posibles, siempre colocando al ser humano concreto como referente obligado.

Como ya adelantáramos líneas atrás, el reconocimiento de esta esfera privada implica el reconocimiento de la riqueza privada, y la satisfacción de las necesidades públicas depende en buena medida de la detracción que realice el Estado sobre la riqueza privada, puesto que por sí mismo, no podría generar la riqueza para satisfacer necesidades ilimitadas. La promoción de la riqueza privada constituye una condición necesaria para que el Estado alcance sus fines, sobre todo, a través de la redistribución de la riqueza. Nada puede constituir un mayor despropósito que aniquilar la riqueza privada en pos de alcanzar una mayor distribución de riqueza.

En este sentido, para VILLEGAS, el principal fracaso de teorías como la keynesiana:

, [...] fue constatar que el proceso de redistribución sin la creación previa de una economía sólida se constituía decididamente en factor

33 Sentencia 9420-04 de las 11:12 horas del 27 de agosto de 2004.

de retroceso, y que cada vez había menos riqueza para distribuir. De allí la decadencia y quiebra del Estado providencia. Lo señalado llevó a un replanteo del papel de las finanzas públicas en las economías nacionales. Según el nuevo papel asignado, el sector público debía ser más pragmático y actuar de acuerdo con el principio de subsidiariedad: todo aquello que pudiera hacer una organización de orden inferior (familia, empresas) no debía hacerlo el sector público. Los fracasos del intervencionismo llevaron a reparar que, en realidad, algunos de los postulados clásicos no podían ser dejados de lado sin sufrir graves consecuencias [...]. Pero también cundió el convencimiento de que era imposible regresar a la total pasividad del Estado en la economía y a la idea de que todos los problemas los solucionaba el mercado. [...] Las nuevas teorías no renunciaron a una cierta intervención estatal, basada principalmente en la persuasión y en el estímulo, mediante una acción que impulse a los individuos a reactivar la economía general persiguiendo sus propios intereses. Tampoco se renunció a la idea de solidaridad, y se pensó que el ideal era conciliar el interés general de la Nación con el particular de los individuos aislados³⁴.

A propósito, en el artículo 50 de la Carta Política, el ordenamiento constitucional costarricense contempla la obligación estatal de organizar y estimular la producción, disposición que solo muy tímidamente autorizaría la intervención del Estado en la economía, de modo que la presión fiscal y el deber de contribuir se limitarían al financiamiento de actividades y servicios públicos indispensables para la actualización de derechos fundamentales. Pero nunca, por la vía tributaria, sería admisible sostener financieramente el desplazamiento de la iniciativa privada por la actuación del Estado como agente económico en un régimen de competencia.

Asimismo, tampoco se concibe el derecho de propiedad subordinado al interés general, de modo que el contenido costarricense del deber de contribuir, y el de los límites al poder tributario impiden exacciones que podrían considerarse constitucionales, aunque alcancen magnitudes significativamente graves para el derecho de autodeterminación.

La situación costarricense es radicalmente diferente a la existente en España, en donde ya desde el artículo 33, el constituyente español se ha ocupado de dejar claramente establecido cuál es el alcance del derecho de propiedad, regulándolo así:

*“1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.*

34 Villegas. Héctor Belisario. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, pp. 27-29.

Posteriormente, al tenor del artículo 128 constitucional y de manera más amplia:

“1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

Y de manera determinante, en el artículo 131 del mismo cuerpo normativo, el pueblo español consagra:

“1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.

En este marco jurídico, el concepto del deber de contribución que podría tener validez en España no podría ser adoptado, sin más, en el ordenamiento costarricense, según el cual, como ya se adelantó, la función del Estado se resume a organizar y a estimular, siendo este el marco para identificar las necesidades públicas a satisfacer y, consecuentemente, para orientar los recursos económicos.

La particularidad del sistema español es puesta de relieve por RODRÍGUEZ BEREIJO:

Dentro del modelo económico que la constitución Española [...] impone, el de economía social de mercado o economía mixta, el Estado no solo tiene la función de regular el funcionamiento del sistema económico, sino que también toma a su cargo importantes sectores de la producción social en orden a la consecución de ciertos objetivos como el desarrollo económico o el pleno empleo. Y lo que es más importante, el Estado asume también una función de redistribución de la renta y de la riqueza que está en la esencia misma de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que la constitución proclama en su artículo 1.1³⁵.

Es indiscutible que, en términos generales, los Estados costarricense y español tienen una orientación política similar, aunque, desde el punto de vista del régimen económico, las diferencias son sustanciales y de importantes implicaciones al establecer el contenido de

35 Rodríguez Bereijo, Álvaro. *Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española*, p. 1.

los límites al poder tributario, particularmente el de capacidad económica. De esta forma, no puede estimarse que el reconocimiento de un derecho intangible a la propiedad privada es equivalente con el reconocimiento de tal derecho orientado a la función social, como no pueden considerarse equivalentes el estímulo y la promoción económica con la planificación en este ámbito.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico tributario, la presión fiscal que está facultada para ejercer el Estado español es distinta a la que podría ejercer el Estado costarricense³⁶. Del mismo modo, el contenido del principio de capacidad económica, tanto desde su perspectiva mínima como desde su perspectiva máxima, se sujeta, al menos teóricamente, a supuestos distintos.

Si el Estado está facultado para ejercer mayor presión con el objetivo de satisfacer un número en constante crecimiento de necesidades públicas, el margen de riqueza privada, puede ser reducido dado que es el mismo Estado y no el contribuyente el que proveerá lo necesario a esa satisfacción.

En casos aberrantes, la capacidad económica puede ser interpretada de forma que comprenda, desde su perspectiva mínima, solo aquello que el Estado no puede suplir, lo

cual, en un Estado social exacerbado, puede conducir a fijar como capacidad mínima manifestaciones de riqueza que coarten el derecho del contribuyente a lograr su autodeterminación³⁷.

Desde otra perspectiva y siempre dentro de un Estado social exaltado, la capacidad económica máxima, es decir, aquella más allá de la cual se estaría confiscando la propiedad, no tendría límite más que la capacidad mínima, de modo que el deber de tributar se curvaría al punto de marcar el límite de la confiscación con los recursos mínimos de subsistencia. En este caso, se reduce a su mínima expresión la riqueza privada haciendo nugatorio el derecho a decidir en forma privada los objetivos y los medios para alcanzarlos.

Por supuesto, en un Estado de derecho, se reconoce el derecho de autodeterminación individual, de modo que el contenido del principio de capacidad económica no puede ser borrado³⁸. Con ello, deben reconocerse un límite inferior y un límite superior, más allá de los cuales no existe capacidad económica, ya sea porque no hay manifestación de riqueza o porque la detracción de la riqueza significa impedir la generación de nueva riqueza. Sin embargo, de acuerdo con las diferencias que

36 Esto conduce a rechazar las pretensiones de quienes en Costa Rica, con el propósito de elevar la carga tributaria, se limitan a comparar el peso relativo del sistema tributario respecto del producto interno bruto, como si por esa vía resultase jurídicamente legítimo elevar aquella carga, olvidando el régimen político y económico plasmado por el constituyente.

37 “[...] la determinación del mínimo vital constituirá un problema de justicia que dependerá de cuál sea el ideal sentido por la comunidad en cada momento histórico y adoptado por el ordenamiento jurídico. Puede abarcar desde el llamado “mínimo físico” o exención del conjunto de bienes indispensables para mantener la vida del individuo, al “mínimo social”, que comprende ya lo que se entiende indispensable para el tenor de la vida del individuo”, concluyendo que “la dimensión de este mínimo de existencia va a depender en concreto de como esté configurado el sistema financiero del Estado y de cuáles las actividades que se desarrollan por el mismo. Es evidente que en un Estado en que las primeras necesidades de los individuos aparezcan cubiertas por la actividad pública, es decir, por la actuación del sector público, la exención del mínimo de existencia tendrá menos sentido que en aquellos Estados en los que el fundamento liberal de la organización socioeconómica deje al libre juego de las economías individuales la cobertura de estas necesidades”. Martín Queralt, Juan y otros. (2001). *Curso de derecho financiero y tributario*. Duodécima edición. Madrid, España: Editorial Tecnos, pp. 121- 122.

se han expuesto entre el sistema político y económico costarricense y el español, no podrían establecerse contenidos modelo con validez para ambos Estados.

Estas precisiones sobre los fines del Estado y la satisfacción de necesidades públicas nos introducen en el intrincado problema de los fines fiscales y extrafiscales del tributo. Este tema tradicionalmente ha sido tratado en forma maniquea al pretender establecer un límite cierto entre una u otra categoría de fines. En este sentido, escribe VILLEGAS:

“Una característica fundamental de la actividad financiera con finalidad fiscal, es decir, la obtención de ingresos, es su instrumentalidad. En este aspecto, se distingue de todas las otras actividades del Estado en que no constituye un fin en sí misma, o sea, que no atiende directamente a la satisfacción de una necesidad de la colectividad, sino que cumple el papel de un instrumento, porque su normal funcionamiento es condición indispensable para el desarrollo de las otras actividades. Ninguna actuación del Estado sería posible sin obtener los fondos necesarios para solventar su actividad general en procura de satisfacer necesidades públicas³⁹.”

Al considerar como meramente instrumental la actividad financiera de obtención de ingresos, se asume, casi con candidez, en

la neutralidad del tributo, de modo que su creación debería tener poca o ninguna incidencia en el sistema económico. De esta forma, al tratar el tema de los fines extrafiscales del tributo, se afirma:

En este último caso, el gobierno no se propone exclusivamente el objetivo de cubrir los gastos percibiendo recursos, sino que además intenta llevar a cabo, mediante medidas financieras, finalidades públicas directas. La actividad financiera con finalidad extrafiscal procura atender el interés público en forma directa. Para ello utiliza la actividad financiera gubernamental cumpliendo distintas actuaciones y tomando intervención en diferentes acciones desarrolladas por la comunidad. [...] Cuando el fin perseguido es extrafiscal, las medidas pueden ser de distinto tipo, por ejemplo: 1) Pueden producirse medidas disuasivas con respecto a actividades que no se consideran convenientes [...] 2) Por el contrario, el Estado puede decidir realizar acciones alentadoras para atraer ciertas actividades económicas, científicas, culturales o de otro tipo que estime necesarias y útiles para el país. 3) También se desarrolla finalidad extrafiscal por medios financieros cuando se resuelve percibir tributos de alto monto para debilitar

38 De acuerdo con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense: “Los constituyentes, en el artículo 1º de la Constitución Política, definieron el sistema político del Estado costarricense como un régimen democrático, libre e independiente, lo cual implica una forma particular de Estado, en el que la relación entre el Poder y los Hombres se resuelve de modo favorable a la dignidad de la persona, a su libertad y a sus derechos”. Votos 12017-02, 8867-02, 6470-99.

39 Belisario Villegas Héctor.(2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, pp. 14-15.

*ciertas posiciones patrimoniales y redevuarias de los sujetos que se desea alcanzar, como manera de modificar la estructura en al distribución de los patrimonios y las rentas*⁴⁰.

Desde el punto de vista del Estado de derecho resulta cuestionable esta posición doctrinal por dos razones.

En primer término, no existe el tributo neutro, es decir, aquel que con su creación no afecte el sistema económico. Aún más, visto el expreso mandato constitucional en España, no podría concebirse el despliegue de la actividad financiera sin considerar, en todos los casos, sus consecuencias económicas para todo el sistema, de modo que la finalidad “extrafiscal” parece una constante.

En el sistema costarricense, no es menos cierto que la imposición de un tributo o la concesión de un beneficio acarrear, en todos los casos, consecuencias de carácter económico. Ningún tributo es neutro, de manera que carece de sentido distinguir fines fiscales de fines extrafiscales. En toda política fiscal, deben considerarse las implicaciones

para las finanzas públicas y los consecuentes y necesarios efectos en la economía⁴¹.

En segundo término, se corre el riesgo de coartar la libre autodeterminación del individuo al imponerle determinadas conductas con el propósito de encausarlo por el “camino correcto”. Además, la vía tributaria no es la adecuada para encausar la iniciativa privada por cuanto la imposición siempre está sujeta al principio de capacidad económica, de modo que, mientras la actividad privada genere riqueza, se perpetuará, aunque pueda estar reñida con el interés público, de allí la inutilidad de conceptos como “el que contamina paga”.

Ya adelantamos cómo en el sistema constitucional costarricense, articulado a partir del numeral 28⁴², las acciones privadas no podían ser objeto de regulación legal en tanto no se presentaran los supuestos allí previstos. En este contexto, parece incuestionable que las pretensiones de incentivar o desincentivar cierta actividad económica, lícita desde luego, no podrían justificar la imposición de un tributo, el otorgamiento de una exención u otro beneficio, ni siquiera en atención a los principios del Estado social, pues el límite es expreso.

40 Belisario Villegas, Héctor.(2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, pp. 15-16.

41 “Entre las actividades del moderno Estado social, hay que incluir, junto con los programas de transferencia, toda redistribución de renta ocasionada por el diferente trato fiscal que otorga a los distintos grupos sociales.” Samuelson, Paul A. (1978). *Curso de economía moderna*. Traducción de la novena edición norteamericana, decimoséptima edición, cuarta reimpresión. Editorial Aguilar S. A., p. 173. Agrega el mismo autor: “Los economistas tienen, pues, que estudiar sobre quién repercute finalmente el impuesto, es decir, cómo se reparte en último término la carga del impuesto, qué efectos produce sobre los precios de los bienes de consumo, sobre los precios de los factores de producción, sobre la distribución de los recursos, sobre el esfuerzo personal y sobre la composición de la producción y del consumo. El problema de la incidencia de los impuestos no tiene nada de sencillo y su resolución exige el uso de las técnicas más avanzadas de la economía”. Samuelson, Paul A. (1978). *Curso de economía moderna*. Traducción de la novena edición norteamericana, decimoséptima edición, cuarta reimpresión. Editorial Aguilar S. A., pp. 194-195.

42 “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”.

No obstante, debe reconocerse que, en el caso del sistema español, la situación es muy distinta debido a la atribución de amplias facultades al Estado para intervenir en la economía, incluso, planificándola, de modo que, a través de la actividad financiera, incluso tributaria, el Estado podrá orientar la actividad de los agentes económicos.

V- EL DEBER DE CONTRIBUIR Y LA JUSTICIA TRIBUTARIA

Siendo la Constitución Política el intento de articular poder estatal y libertad individual, toda regulación de este rango debe ser interpretada ajustándose a esta particular razón de existir, ante todo ciñéndose a la máxima por la cual el Estado solo puede realizar aquello que le está permitido, mientras que el particular puede realizar todo aquello que no le está prohibido. En esencia, esto responde al peligro de que el Estado desborde los cauces legales anegando la libertad individual.

El deber de contribuir, del mismo modo, no es irrestricto, se encuentra sujeto a límites que el constituyente español explícitamente consagra, a diferencia del constituyente costarricense, y esto da lugar a la adopción, por la jurisprudencia costarricense, de aquellos principios foráneos, los cuales,

se afirma, encontrarían, sustento en una interpretación armónica del ordenamiento constitucional patrio⁴³.

Podría argumentarse que, de cualquier modo, la simple adopción de ese elenco de principios es inadmisibles, vistas las diferencias constitucionales que existen entre el sistema español y costarricense, aunque no puede dejar de reconocerse la importancia de explicitar tales límites al deber de contribuir y, correlativamente, al poder tributario del Estado. La dificultad no proviene solamente de adoptar una nomenclatura que no es del todo feliz⁴⁴, pues más allá de esto, resulta esencial determinar el contenido de estos principios a la luz del sistema constitucional en el cual se insertan⁴⁵ y su mutua articulación de lo cual depende su verdadera eficacia.

En efecto, los límites al poder tributario no pueden ser abordados aisladamente, en tanto conforman un plexo que contiene y limita el poder público al tiempo que salvaguarda la libertad individual. Para RODRÍGUEZ BEREJO:

Lo primero que cabe decir de los principios materiales de justicia tributaria recogidos en el artículo 31.1 CE es que todos ellos constituyen un conjunto

43 “Particular consideración tendrán en este estudio, los denominados principios materiales de la tributación. Ellos son los principios de generalidad; capacidad económica o contributiva, igualdad y progresividad tributarias; y de no confiscatoriedad. Ninguno de ellos está regulado por la CP de manera expresa y particular, referibles a la materia tributaria, pero son extraídos de principios o derechos generales, como el de igualdad; o derivados de las normas y, en especial, del sistema jurídico normativo y de valores del CP, como los principios de generalidad, progresividad, capacidad contributiva y de no confiscatoriedad, respecto de los cuales tampoco existe referencia explícita en aquélla”. Fajardo Salas, Gonzalo. (2005). *Principios constitucionales de la tributación*. Primera edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, p. 46.

44 “El tributo no tiene alcance confiscatorio, como de forma tautológica previene el art. 31.3 del texto constitucional. La ausencia del principio de capacidad económica en la ordenación jurídica de institutos confiscatorios expropiación forzosa, requisa, confiscación por razones excepcionales, etc. - pone de relieve que no existe ninguna analogía entre el tributo y los referidos institutos, que responden a principios sustancialmente distintos”. Martín Queralt, Juan y otros. (2001). *Curso de derecho financiero y tributario*. Duodécima edición. Madrid, España: Editorial Tecnos, pp. 81-82.

*unitario de criterios para el reparto de la carga tributaria; un bloque normativo más allá de la singularidad y características de cada uno de ellos, por cuanto se condicionan mutuamente en orden a la consecución de un sistema tributario justo*⁴⁶.

Dentro de estos principios de justicia tributaria, se otorga especial relevancia al principio de capacidad económica⁴⁷, entendiendo que

*“[...] la capacidad contributiva supone en el sujeto tributario la titularidad de un patrimonio o de una renta, aptos en cantidad y en calidad para hacer frente al pago del impuesto, una vez cubierto los gastos vitales e ineludibles del sujeto”*⁴⁸. De esta forma, *“[...] todas las situaciones y hechos a los cuales se vincula el nacimiento de la obligación deben representar un estado o movimiento de riqueza*⁴⁹.

La Sala constitucional de la Corte Suprema de justicia costarricense entiende la capacidad económica

*“[...] como aquélla aptitud del contribuyente para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, aptitud que viene a ser establecida por la presencia de hechos reveladores de riqueza que luego de ser sometidos a una valoración por el legislador y conciliados con los fines de naturaleza política, social y económica, son elevados al rango de categoría imponible”*⁵⁰.

Por tanto, aunque el deber de contribuir es predicable de todos los que estén sujetos según la Constitución Política, ello se tornará en una obligación efectiva solo cuando exista capacidad económica; es decir, manifestación de riqueza.

Aun cuando el ordenamiento constitucional costarricense no contempla expresamente la “capacidad económica”, la jurisprudencia

45 “Para Pérez Royo los principios específicos y propios del Derecho Tributario se han de interpretar a la luz de la Constitución y acudirse supletoriamente a todos los restantes principios y garantías constitucionales en la medida en que puedan resultar relevantes”. Citado por Fajardo Salas, Gonzalo. (2005). *Principios constitucionales de la tributación*. Primera edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, p. 151.

46 Rodríguez Bereijo, Álvaro. *Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española*, p. 11. A propósito el Tribunal Constitucional Español señala: “Los principios constitucionales: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución -legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad- no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado Social y Democrático de Derecho. En especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad”. Tribunal Constitucional Español, sentencia 27/1981 del 20 de julio.

47 En el artículo 3.1 de la Ley General Tributaria española se puede leer: “La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos”.

48 Saínz de Bujanda, citado por Belisario Villegas, Héctor, p. 263.

49 Belisario Villegas, Héctor. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, p. 230.

costarricense lo ha derivado del ordenamiento constitucional, estimándose que se desprende de los artículos 18 (deber de contribuir a los gastos públicos), 33 (principio de igualdad), 40 (principio de no confiscación), 45 (derecho de propiedad) y 50 de la Constitución Política (cláusula básica del Estado social de derecho), estableciendo expresamente la Sala Constitucional:

“[...] lo fundamentalmente legítimo es que las personas paguen impuestos en proporción a sus posibilidades económicas, en otras palabras, uno de los cánones del régimen constitucional tributario es justamente que cada uno contribuya para los gastos públicos, de acuerdo con su capacidad contributiva o económica”⁵¹.

Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial es aún escaso limitándose a su reconocimiento, sin mayor precisión de sus alcances⁵².

A diferencia del sistema costarricense en el sistema español, el principio de capacidad económica se menciona expresamente en el artículo 31.1 constitucional, aunque en la jurisprudencia, tal como sucede en Costa Rica, su deslinde recién comienza. Esto no es casual si se piensa que este principio material de justicia tributaria se presenta huido en su esencia y difícilmente materializable en límites concretos⁵³.

El principio de capacidad económica, en cuanto referido a la riqueza de cada quien, aparece como el criterio fundamental de justicia tributaria en tanto atiende a la particular situación del contribuyente, por ello para VILLEGAS:

“La capacidad contributiva es base de las garantías materiales de la constitución. Así, la generalidad exige la no exención (salvo motivos razonables) de quienes tengan capacidad contributiva;

50 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, voto 2657-2001 del 4 de abril de 2001.

51 Voto n.º 2197-92, considerando IV.

52 No obstante, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sido prolífica al resolver sobre las limitaciones sociales a la propiedad, tema estrechamente emparentado con el de capacidad tributaria, prueba de ello es el siguiente extracto relacionado con la función social de la propiedad: “La Sala admite que el principio de solidaridad social, del que está imbuida nuestra Constitución, permite el gravamen soportado por todos a favor de todos inclusive de unos pocos a favor de muchos, pero como se ha descrito, con el requisito de que el uso natural del bien inmueble no sea afectado al límite de su valor como medio de producción, o de su valor en el mercado. Es decir, pueden limitarse los atributos de la propiedad, en el tanto el propietario reserve para sí la posibilidad de explotar normalmente el bien, excluida claro está, la parte o la función afectada por la limitación impuesta por el estado. Fuera de estos parámetros, si el bienestar social exige sacrificios de unos o de algunos únicamente, debe ser indemnizado”. Desde luego, en el ámbito tributario la conclusión no sería la indemnización, pero si la declaratoria de inconstitucionalidad por violación al principio de capacidad económica.

53 “El impuesto es un medio de política económica, que debe armonizarse con el gasto público y la coyuntura económica, y su límite es la capacidad tributaria del particular. La ordenación de los impuestos debe basarse en los principios de generalidad y equitativa distribución de las cargas públicas [...]. Lo que debemos entender por “parte sustancial de la propiedad o de la renta”, es algo que no puede establecerse de manera absoluta; el componente de discrecionalidad o de razonabilidad debe valorarse en cada caso concreto, de manera circunstancial, según las necesidades de hecho, las exigencias de tiempo y lugar, y la finalidad económico social de cada tributo. Pero si se puede establecer como principio, que se considera confiscatorio el gravamen que exceda la capacidad económica o financiera del contribuyente, o bien, si el impuesto absorbe una parte sustancial de la operación gravada y corresponderá al Juez, en cada caso, analizar estas circunstancias, que serán, lógicamente, variables, y lo correcto es analizar esas situaciones en forma concreta”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 6806-02. En el mismo sentido, el voto 5749-93.

*la igualdad quiere que no se hagan arbitrarios distingos, sino los que sean fundados en la capacidad contributiva (salvo fines extrafiscales); la proporcionalidad garantiza contra progresividades cuantitativas que no se adecuan a la capacidad contributiva graduada según la magnitud del sacrificio que significa la privación de una parte de la riqueza; la confiscatoriedad se produce ante aportes tributarios que exceden la razonable posibilidad de colaborar al gasto público; la equidad y la razonabilidad desean la justicia en la imposición y tal concepto está expresado por la idea de que cada cual responda según su aptitud de pago*⁵⁴.

De acuerdo con Rodríguez Bereijo, sin embargo, en el ordenamiento español, este principio no es el único criterio de justicia:

La enunciación de este principio constitucional en el artículo 31.1 CE no deja de ofrecer singularidades, que han sido subrayadas por la doctrina, sobre todo si se compara con otras formulaciones constitucionales en el Derecho comparado. Singularidad

que radica en que el principio de capacidad contributiva no se contempla en nuestro texto constitucional como el único criterio material de justicia tributaria, exclusivo y excluyente, sino que aparece vinculado a otros principios (igualdad, progresividad y no confiscatoriedad) del sistema tributario para realizar el ideal de justicia en el reparto de la carga tributaria⁵⁵.

Si quien tiene capacidad económica debe contribuir, esto significa que la persona que tiene aquella aptitud está obligada en este esfuerzo social⁵⁶ (generalidad) en la medida de sus posibilidades. De esta forma, quienes cuenten con la misma capacidad deben contribuir del mismo modo (igualdad⁵⁷, y quienes cuenten con mayor capacidad deben contribuir en mayor medida (progresividad), sin que el esfuerzo común destruya o aniquile la riqueza individual (no confiscación); es decir, la misma capacidad económica.

A pesar de su reconocimiento autónomo como criterios de justicia, es indudable que tanto la igualdad, la generalidad⁵⁸, la progresividad y la no confiscatoriedad resultan vacíos sin el agregado de la capacidad económica como medida del deber de contribuir, de modo que aquellos cuatro límites se integran en el sentido mismo del de capacidad económica

54 Villegas Belisario, Héctor. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, pp. 263-264.

55 Rodríguez Bereijo, Álvaro. *Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española*, p. 12.

56 “La generalidad del impuesto es la primera condición para realizar la igualdad en la imposición, pues un sistema tributario sólo podrá ser justo y el reparto de la carga equitativo si todos los que deben contribuir lo hacen en proporción a su riqueza o capacidad de pago. El principio de generalidad tributaria supone la interdicción de todo privilegio o de áreas inmunes al pago de los tributos”. Rodríguez Bereijo, Álvaro. *Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española*, p. 11.

57 “El principio de igualdad en materia tributaria implica que todos deben contribuir a los gastos del Estado en proporción a su capacidad económica, de manera tal que en condiciones idénticas deben imponerse los mismos gravámenes, lo cual no priva al legislador de crear categorías especiales, a condición de que no sean arbitrarias y se apoyen en una base razonable”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2349-03. En el mismo sentido, 3447-01, 6644-99, 4829-98, 580-95, 633-94, 5749-93 y 2197-92.

y, por esto, poco o nada agregan, siendo útiles ante todo para explicitar el contenido del principio de capacidad económica. No obstante, para MARTÍN QUERALT:

“En el ámbito tributario es frecuente considerar que el principio de igualdad se traduce en forma de capacidad contributiva, en el sentido de que situaciones económicamente iguales sean tratadas de la misma manera, puesto que la capacidad económica que se pone de relieve es la misma. Sin embargo, ello no significa que el principio de igualdad tributaria agote su contenido con el de capacidad económica (STC 8/1986, de 14 de enero); entre otros motivos porque, como señaló el TC, las discriminaciones no son arbitrarias cuando se establecen en función de un criterio amparado por el ordenamiento, aún cuando pertenezca a otra rama jurídica⁵⁹.

La conclusión de este distinguido tratadista español resulta lúcida, pero si se admite, tendría que reformularse la dogmática de los principios materiales de justicia tributaria, pues si, en la consideración de la igualdad como límite al deber de tributar la capacidad económica es solo un criterio, entre otros, entonces la construcción teórica

y la regulación constitucional que privilegian la capacidad económica sobre los otros criterios son parciales e inadecuadas para regular el fenómeno en el segundo caso e inútil para explicarlo en el primer caso. Por estos motivos, llevando hasta sus últimas consecuencias la afirmación de MARTÍN QUERALT, habría que concluir que el principio de capacidad económica carece de utilidad científica y práctica.

Sin duda es un tema digno de estudio, no obstante, dada la dificultad, sino imposibilidad, de contar con un exhaustivo elenco de “otros criterios” que validaría tratamientos desiguales, desde la perspectiva de la capacidad tributaria, la senda propuesta por el tratadista MARTÍN QUERALT y el mismo tribunal constitucional español resulta irrealizable e inadecuada si de la seguridad jurídica se trata, pues como afirma Villegas:

[...]La seguridad jurídica se expresa prácticamente en la previsibilidad de la actuación estatal. La sorpresa repugna al estado de derecho [...] El concepto ha evolucionado, y modernamente la doctrina internacional entiende que la seguridad jurídica requiere ser la de realizar la seguridad jurídica de los contribuyentes⁶⁰.

58 La íntima vinculación del principio de generalidad con el principio de capacidad económica, como límite al poder tributario, y concomitante, como límite al deber de contribuir, es puesta de relieve de la siguiente forma: “[...] los tributos han de exigirse a todos aquéllos que pongan de manifiesto la capacidad económica tipificada en los hechos impositivos de los distintos tributos y que se encuentran en el ámbito territorial al que se extiende el poder tributario del ente público, de donde se infiere que el principio de generalidad adquiere su sentido al relacionarlo con el principio de capacidad económica”. Collado Yurrita, Miguel A. (dir). (2006). *Derecho tributario. Parte general*. Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos, p. 43.

59 Martín Queralt, Juan y otros. (2001). *Curso de derecho financiero y tributario*. Duodécima edición, Madrid, España: Editorial Tecnos, p. 114.

En tanto, los principios de generalidad, igualdad, progresividad y confiscatoriedad se explican a partir del principio de capacidad económica; del mismo modo, cada uno de ellos puede justificarse en función de los otros. Así, como explica Rodríguez Bereijo:

En lo que toca al principio de progresividad tributaria, la mención que de él se hace en el artículo 31.1 CE junto con la del principio de igualdad es significativa de que a través de él se hace real y efectiva la distribución de la carga según la capacidad económica y el mandato de desigualdad y diferenciación que la igualdad en la imposición demanda para acercarse a un sistema tributario justo. En este sentido la progresividad tributaria constituye también una “medida de igualdad”⁶¹.

En el mismo sentido, el principio de confiscatoriedad solo puede ser entendido por referencia a los otros principios de justicia tributaria, particularmente, a la progresividad:

El principio de no confiscación supone, como lo ha señalado Lasarter, un límite extremo que dimana del reconocimiento del

*derecho de propiedad. Su finalidad es impedir una posible conducta patológica de las prestaciones patrimoniales coactivas o una radical aplicación de la progresividad que atentara contra la capacidad económica que la sustenta*⁶².

Este sencillo esquema donde la capacidad económica ocupa el lugar de un eje central en torno al cual se explica y regula el fenómeno tributario brinda, desde el punto de vista teórico, seguridad jurídica contra los posibles desvaríos del Estado, pues, aun atendiendo los objetivos del Estado social, la presión fiscal sobre el contribuyente debería ajustarse a su capacidad económica, ya que, en última instancia, se trata de traer riqueza privada, y esta riqueza es la única medida admisible.

Desgraciadamente, el problema es mucho más complejo, pues atendiendo el expediente de defender “fines extrafiscales”, se trastoca la sistemática expuesta, de modo que se abandona el principio de capacidad económica y, consecuentemente, todos los principios de justicia material que se nutren de aquella y, con esto, se sueltan amarras

60 +Belisario Villegas, Héctor.(2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, p. 283.

61 Rodríguez Bereijo, Álvaro. *Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española*, p. 15. En el mismo sentido, “En efecto, la estructura de la contribución a base de una escala progresiva, lo que pretende es reducir la desigualdad por la vía de la distribución de la carga y de los ingresos, entre todos los beneficiarios del sistema, obligando a reportar en mayor medida a quién más recibe. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional, voto 1925 de las 12:00 horas del 27 de septiembre de 1991.

62 Martín Queralt, Juan y otros. (2001). *Curso de derecho financiero y tributario*. Duodécima edición. Madrid, España, Editorial Tecnos, p. 118. Sobre el particular, el órgano de control constitucional costarricense ha resuelto: “El Estado puede tomar parte proporcional de la renta que genera el particular, para sufragar sus gastos, pero siempre que no llegue a anular la propiedad como tal, como sería el caso de que el tributo absorba totalmente la renta. [...] Lo que debemos entender por “parte sustancial de la propiedad o de la renta”, es algo que no puede establecerse de manera absoluta; [...] Pero sí se puede establecer como principio, que se considera confiscatorio el gravamen que exceda la capacidad económica o financiera del contribuyente [...]”. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, voto 5749-93. En el mismo sentido. Belisario Villegas, Héctor. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada, p. 278.

para que se desvirtúe el deber de contribuir constitucionalmente diseñado según los presupuestos del Estado social y democrático de derecho.

El tribunal constitucional español razona:

El principio de capacidad económica no impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales. [...] Es, pues, constitucionalmente admisible establecer impuestos que “sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la constitución preconiza o garantiza. Basta que dicha capacidad económica exista, como renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto para que aquel principio constitucional quede a salvo”⁶³.

En suma, para el alto tribunal español, aun cuando con la creación de tributos se persigan fines extrafiscales, debe respetarse el principio de capacidad económica. Esta

conclusión es de marcada trascendencia por cuanto, según se desarrolló previamente, los principios de generalidad, igualdad, progresividad y confiscatoriedad tienen sentido en función de la efectiva capacidad para enfrentar el tributo y, ante tal trabazón de principios, el desconocimiento de alguno de ellos se traduce en el desconocimiento de todos.

No obstante, escribe RODRÍGUEZ BEREIJO:

Ello no significa, claro es, que esté constitucionalmente vedada la concesión de exenciones o bonificaciones tributarias o la utilización del tributo con fines extrafiscales o de política económica. Es más, en ocasiones el establecimiento de tales beneficios fiscales puede ser constitucionalmente legítimo, e incluso, venir exigido bien para la realización efectiva de otros principios constitucionales (como la igualdad, la capacidad económica, o la progresividad tributaria) o bien para la consecución de otros bienes u objetivos constitucionalmente protegidos (singularmente, los derechos denominados “derechos económicos y sociales” del Capítulo III del Título I) En tales

63 Sentencia del tribunal constitucional 37/1987. FJ 13) citado por Rodríguez Bereijo, Álvaro. *Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española*, p. 13. En el mismo sentido “Es constitucionalmente admisible que el Estado y las CCAA establezcan impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la CE preconiza o garantiza. basta que dicha capacidad económica exista como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquél principio constitucional quede a salvo”. STC 37/1987 del 26 de marzo. También STC 134/1996 del 22 de julio. Martín Queralt, Juan y otros. (2001). *Curso de derecho financiero y tributario*. Duodécima edición, Madrid, España: Editorial Tecnos, p. 121.

*casos, la desigualdad de trato que la exención o el beneficio supone ha de ofrecer una justificación razonable y ser proporcionada al fin perseguido*⁶⁴.

En esta cita, el ilustre jurisconsulto español se refiere a la concesión de exenciones u otro tipo de beneficios fiscales en virtud de los postulados del Estado social, tema que se inserta plenamente en la problemática planteada, por cuanto la concesión de estos beneficios significa, en último término, la minoración de la carga fiscal⁶⁵. Ninguna objeción cabe plantear sobre la necesidad de recurrir a esos instrumentos cuando se trate de la realización de los principios de justicia material, pues, con ello, se estaría observando el principio de capacidad económica.

Las dificultades comienzan cuando se admiten la razonabilidad y la proporcionalidad de otorgar beneficios para la consecución de “otros bienes u objetivos constitucionalmente protegidos”, entendidos como metas impostergables del Estado social, al margen del principio de capacidad económica. En tal caso, debería admitirse que este principio resulta inútil para explicar y regular el fenómeno impositivo. Pero más importante aún que este principio, es insuficiente para limitar el deber constitucional de contribuir, otorgándose así carta blanca al Estado para que detraiga de la riqueza privada cuanto se

antoje mediante cualquier disposición que parezca “razonable y justificada”.

No tiene sentido declarar el principio de capacidad económica como límite al deber de contribuir, si a la primera oportunidad se le desconoce cuando les conviene a ciertos grupos o cuando parece constituir un obstáculo a políticas de carácter social.

Esta degradación del sistema ocurre en realidad debido a una errónea percepción del modo en que deben acometerse las tareas del Estado social dentro del cual, lejos de tolerarse el quebrantamiento de los principios de justicia material que permiten acotar adecuadamente el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, resulta tarea primordial apuntalar la justicia tributaria frente a la acometida del fisco ávido de recursos frescos. A fin de cuentas, la reducción de la carga tributaria para algunas personas, a cambio de beneficios sociales, no siempre cuantificables, conlleva el incremento, tarde o temprano, de la carga tributaria para otras.

Es un error acometer las tareas del Estado social a través de la manipulación del sistema tributario. Sobre el particular, el tribunal constitucional costarricense indicó:

Esto trae como consecuencia que el segundo tributo, promulgado según la

64 Rodríguez Bereijo, Álvaro. *Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española*, p. 11. En el mismo sentido, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. Novena edición actualizada y ampliada, 2005, p. 273.

65 “El principio constitucional de generalidad constituye un requerimiento directamente dirigido al legislador para que cumpla con una exigencia: tipificar como hecho imponible todo acto, hecho, o negocio jurídico que sea indicativo de capacidad económica. El principio de generalidad pugna así contra la concesión de exenciones fiscales que carezcan de razón de ser. [...]”. Martín Queralt Juan y otros. (2001). *Curso de derecho financiero y tributario*. Duodécima edición, Madrid, España: Editorial Tecnos, p. 111.

Procuraduría General de la República como manifestación expresa del interés del Estado en preservar el orden público, la moral y las buenas costumbres y para desincentivar la proliferación de casinos y salas de juego, tenga efectos confiscatorios por absorber una parte sustancial de la renta producida. [...] La Sala entiende el razonamiento de la Procuraduría General de la República al expresar que el tributo, en realidad, tiene un efecto de contención y que está dirigido a desincentivar la proliferación de los casinos y salas de juego; pero entiende también que existen otros medios, constitucionales e idóneos para lograrlo y necesariamente diferentes a la sencilla creación de un impuesto que excede todos los límites de lo razonable⁶⁶.

Del mismo modo, la concesión de exenciones o beneficios de carácter fiscal al margen del principio de capacidad económica resulta incompatible con la sistemática constitucional cuando la consecución de los fines del Estado social, particularmente la redistribución de la riqueza, encuentra su cauce natural en el gasto público⁶⁷. En este sentido, se señala:

Justamente por esta vía reaparece una concepción del principio de capacidad económica que, manteniendo en sus líneas

esenciales la concepción tradicional acerca de los criterios indicativos de capacidad económica - titularidad de un patrimonio, percepción de una renta, consumo de bienes y tráfico o circulación de riqueza -, proyecte dicho principio sobre un campo más amplio, poniéndolo en relación tanto con otros principios del ordenamiento tributario - igualdad y progresividad -, como con los principios de justicia del gasto público⁶⁸.

VI- CONCLUSIONES

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos encuentra expresa regulación normativa en las Cartas Fundamentales de España y Costa Rica, aunque la preocupación del constituyente español por explicitar los límites de ese deber contrasta notablemente con la abulia del legislador constitucional costarricense sobre el particular.

Aunque la regulación española ofrece un valioso antecedente en la materia, el cual debe ser un obligado objeto de estudio, no es posible, sin más, adoptar ese modelo obviando las particularidades del sistema constitucional costarricense.

66 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto SCV 2359-04. En el ordenamiento jurídico costarricense y tratándose de una acción de inconstitucionalidad, la Procuraduría General de la República, órgano del Poder Ejecutivo, actúa como órgano consultor de la Sala Constitucional.

67 “Debe tomarse en consideración que en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho, las administraciones públicas lejos de cumplir un rol pasivo o de limitación tendente a propiciar, única y exclusivamente, el ejercicio individual de los derechos fundamentales, tienen un deber prestacional y asistencial en aras de procurar a todas las personas que conforman la comunidad una esfera vital mínima y, desde luego, de erradicar todos los obstáculos e impedimentos para el logro de una igualdad real y efectiva entre éstas. [...] bajo esta inteligencia, en la medida que los destinos tributarios específicos estén orientados a desarrollar, fortalecer y actuar los derechos fundamentales, sobre todo los de prestación, resultan sustancialmente conformes con el Derecho de la Constitución”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 411165-04.

68 Martín Queralt, Juan y otros. (2001). *Curso de derecho financiero y tributario*. Duodécima edición, Madrid, España: Editorial Tecnos, p. 122. Agrega este autor: “Debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad, tal como aparece concebido en el art. 31 de nuestra Constitución, no se predica sólo del sistema tributario, sino también de los gastos público, al disponer el art. 31 en su apartado segundo, que “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos [...]”. Martín Queralt, Juan y otros. *Curso de derecho financiero y tributario*. Duodécima edición, Madrid, España: Editorial Tecnos, Curso de derecho financiero y tributario. Duodécima edición, Madrid, España, Editorial Tecnos, 2001, p. 116.

Tanto España como Costa Rica se declaran como un Estado social de derecho. No obstante, esta cercanía terminológica oculta las sustanciales diferencias que, en cuanto a los fines del Estado y a la identificación y satisfacción de las necesidades públicas, se desprenden de los textos constitucionales.

El Estado español presenta un marcado carácter social que, en el Estado costarricense, apenas se anuncia frente a un diseño constitucional más acorde con los postulados del tradicional Estado de derecho.

Estas diferencias constitucionales inciden, necesariamente, en el contenido del deber de contribuir y de los límites materiales o de justicia tributaria, reconociéndose al Estado español un poder tributario mucho más amplio que el atribuido al Estado costarricense.

Es decir, el deber de contribuir de los españoles es mayor en intensidad que el deber de los costarricenses, no porque se exija mayor solidaridad o se posea mayor conciencia de ello, sino debido a los fines atribuidos al Estado español.

Esto no quiere decir que, en España, no se reconozcan límites al poder tributario, pues incluso allí, más que en Costa Rica, se pretenden establecer vallas infranqueables. Sin embargo, la contención al poder tributario, es decir, la adecuada dimensión del deber de contribuir, no depende únicamente de la enunciación de un catálogo de principios como si se pudiera atribuir un contenido inmutable a cada uno.

Cada instituto de justicia tributaria, expresamente regulado o válidamente inferido, tendrá el alcance que se ajuste al sistema constitucional donde se haya inserto, de modo que no podría atribuirse a

la capacidad económica, principio de justicia tributaria por excelencia, el mismo contenido en un Estado, cuyo fin primordial es la actualización de los derechos fundamentales, que en un Estado orientado hacia la simple defensa de estos derechos.

VII- BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

A- LIBROS Y REVISTAS

Belisario Villegas, H. (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Novena edición actualizada y ampliada.

Fajardo Salas, G. (2005). *Principios constitucionales de la tributación*. Editorial Juricentro S. A. San José, Costa Rica.

Ortiz Ortiz, E. (Mayo-agosto de 1976). Costa Rica: Estado social de derecho. *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 29. Universidad de Costa Rica.

Wolfgang, H. (1999). Estado de derecho y Estado social. El Estado social de derecho como principio constitucional. En *Estado de derecho y democracia*. Centro interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. Compilado por Josef Thesisng, segunda edición.

Calvo Bernardino, A. y Galindo Martín, M. (1992). *Lecturas sobre política fiscal*. Ministerio de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, España.

Rodríguez Bereijo, A. (1998). Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española. *Revista Española de Derecho Financiero*. N.º 100.

Martín Queralt, J. y otros. (2001). *Curso de derecho financiero y tributario*. Duodécima edición. Editorial Tecnos: Madrid, España.

Samuelson, Paul A. (1978). *Curso de economía moderna*. Traducción de la novena edición norteamericana. Decimoséptima edición, cuarta reimpresión. Editorial Aguilar S. A.

Collado Yurrita, M. A. (dir.). (2006). *Derecho tributario. Parte general*. Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos.

B- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Votos 12017-02, 8867-02, 6470-99.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 11594-01.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2349-03.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 5141-94 y voto 7806-03.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 0891-00.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 07806-03.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2349-2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2771-03.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 1428-96.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2771-03. En el mismo sentido, los votos 12017-02, 8867-02, 6470-99, 678-91, 1261-90.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2771-03.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 6497-02. En el mismo sentido, los votos 11932-01, 3055-01, 4264-00, 4829-98, 3041-97, 371-96, 7182-94, 6097-94, 5972-94, 3910-94 y 1474-93).

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2805-99.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 4675-03.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 3656-03. En el mismo sentido, el voto 5504-02, 5097-93.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 4869-04. En el mismo sentido, 1792-99, 6273-96, 4857-96, 4205-96 y 3550-92.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 3303-02. En el mismo sentido, 713-97, 7550-94 y 7549-94.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 9420-04.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 6806-02. En el mismo sentido, el voto 5749-93.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2349-03. En el mismo sentido, 3447-01, 6644-99, 4829-98, 580-95, 633-94, 5749-93 y 2197-92.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 1925-91.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 5749-93.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2657-01.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2197-92.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2359-04.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 41165-04.

C- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Tribunal Constitucional Español. Sentencia del 27/1981.

Tribunal Constitucional Español. Sentencia del 37/1987.

D- LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

Constitución Política de la República de Costa Rica.

E- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Ley General Tributaria N.º 58/2003 del 17 de diciembre de 2003.

Constitución Política Española de 1978.

F- CONVENIOS INTERNACIONALES

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

LAS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA SUS DERECHOS Y DEBERES A LA LUZ DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Lic. Teodoro Bermúdez Valencia*

RESUMEN

La víctima tiene un papel protagónico dentro del proceso penal restaurativo, gracias a los esfuerzos que, a partir de la década de los años 70, vienen desarrollando los movimientos victimológicos. Se ha logrado no solo incorporar el reconocimiento de derechos y deberes de las víctimas en la legislación nacional e internacional, sino también, en muchos casos, se han ampliado con la finalidad de responder mejor a la voluntad, los sentimientos, las expectativas, necesidades y a la reparación del daño sufrido por las personas agraviadas por el delito.

Palabras claves: víctimas, justicia restaurativa, proceso penal, reparación del daño, derechos y deberes.

ABSTRACT

The victim has a leading role within the restorative criminal process, thanks to the efforts that, since the 1970s, victimological movements have been developing. It has been possible not only to incorporate the recognition of the rights and duties of victims in national and international legislation, but also, in many cases, they have been expanded in order to better respond to the will, feelings, expectations, needs and reparation for the damage suffered by people aggrieved by the crime.

Keywords: victims, restorative justice, criminal process, reparation for damage, rights and duties.

Recibido: 23 de diciembre de 2022

Aprobado: 22 de agosto de 2023.

* Abogado y notario, licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Las Américas (UIA) de Costa Rica. Ha laborado como fiscal auxiliar del Ministerio Público en justicia ordinaria en todo el país desde el año 2011 y en justicia restaurativa penal de personas adultas, desde finales del año 2014 en las oficinas de Pavas y del Segundo Circuito Judicial de San José. A partir del año 2018, inició con la apertura de la Oficina de Justicia Restaurativa de Cartago, donde labora actualmente. Correo electrónico: tbermudez@poder-judicial.go.cr

Introducción

Luego de mi experiencia de varios años como operador de la justicia restaurativa en el Sistema de Justicia Penal costarricense, destaco que esta forma de solución del conflicto surge, principalmente, vinculada a diferentes movimientos preocupados por la humanización del sistema penal y por aliviar el sufrimiento que causan el delito y sus consecuencias.

Gracias a estos movimientos, se ha ido tomando cada vez más conciencia de que se le debe otorgar a la víctima un papel protagónico dentro del proceso penal que responda mejor a su voluntad, sentimientos, expectativas, necesidades y a la reparación del daño sufrido.

Producto de esas corrientes modernas de pensamiento que se han preocupado por el desarrollo de los derechos humanos de las víctimas a nivel mundial, hoy en día, estos sujetos gozan de un reconocimiento de derechos y deberes como nunca antes.

Aunque no podemos desconocer que ya desde mitad del siglo pasado con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y otros instrumentos internacionales de esa misma materia, los Estados venían realizando esfuerzos de forma directa o indirecta, para promover el equilibrio que los ordenamientos jurídicos internos debían guardar entre los intereses de las víctimas y las personas victimarias, pero no es sino hasta en las últimas décadas del siglo XX y principios del presente, cuando esa intención se materializó en algunas legislaciones nacionales como es el caso de Costa Rica.

Con la creación de instrumentos como la Declaración de Naciones Unidas sobre

Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y los Abusos de Poder de 1985 o la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas en el año 2012, los Estados han reconocido que los esfuerzos en materia judicial por establecer esos equilibrios entre víctimas y victimarios seguían evidenciando obstáculos para que las primeras pudieran acceder al sistema judicial y obtener de él una respuesta efectiva. (Ver “Exposición de motivos” de la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas, Cumbre Judicial Iberoamericana. Argentina. 2012).

En el plano nacional, esos derechos han evolucionado con la creación en el Poder Judicial de la Oficina de Atención y Protección de las Víctimas del Delito, la implementación del Programa de Justicia Restaurativa en el año 2011 y, posteriormente, con la promulgación de la Ley de Justicia Restaurativa (LJR) N.º 9582 en el año 2018.

Desarrollo de los derechos y deberes de la víctima del delito en el ámbito internacional

Tal y como se ha señalado en varios de los instrumentos y convenios internacionales, el acceso a la Justicia es un derecho humano fundamental de las víctimas, establecido así desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Es por ello por lo que se exige a los Estados miembros de las Naciones Unidas la especial tutela de ese derecho. Esto ha generado que, desde la segunda mitad del siglo pasado, se hayan suscrito convenios para garantizar y fomentar el respeto de esos derechos en general.

Bajo esa concepción, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, surgen distintos instrumentos de protección y apoyo de los derechos humanos de las víctimas,

tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966; la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* de 1999; el Convenio contra la Tortura Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes en 1984; la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder, resolución 40-34 de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1985; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal en 1992.

Siempre en el ámbito de las Naciones Unidas, encontramos también la Resolución 1325 (Consejo de Seguridad, 2000) y el Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional, 2002).

En el plano regional, se adoptan la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en 1969; el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, (Consejo de Europa, 1983); la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericana, (VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, 2002); las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008); la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas, Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2012; la Recomendación (85)11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho

penal y del proceso penal (Rec. [85]11); y la Declaración sobre Justicia y Asistencia para las Víctimas (Declaración SIV), de la Sociedad Internacional de Victimología, entre otras.

En el marco de los logros más importantes en materia de reconocimiento de los derechos de las víctimas, generados a finales del siglo pasado, quiero destacar la Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y los Abusos de Poder de 1985, incluida en los anexos de la resolución 40/34, en adelante PFJVD.

La resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas define en el apartado A), incisos 1 y 2, el concepto de víctima:

1. Se entenderá por “víctimas”, las personas que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustanciales de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.
2. Podrá considerarse “víctima” a una persona con arreglo a la Declaración independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador o independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye, además, en su caso, a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido

daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Esta Declaración no solo define en sentido amplio aspectos relativos a la intervención y tratamiento que debe recibir la víctima del delito dentro de las instancias judiciales, sino también desarrolla apartados, tales como el acceso a la Justicia y trato justo, el resarcimiento, la indemnización y la asistencia.

Como se puede observar, el derecho internacional ha venido trazando lineamientos importantes para que los países revisen los procedimientos y requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la Justicia y para que las víctimas puedan obtener del sistema judicial una mejor respuesta a sus intereses y sufrimientos.

En ese sentido, concuerdo con la autora Barquero Chaves cuando señala, refiriéndose a los aportes de la victimología y los avances obtenidos en el derecho internacional para darles a las víctimas un rol más protagónico dentro del proceso penal: “Actualmente, el derecho procesal penal, se ve en el desafío de cumplir los lineamientos internacionales, focalizar su atención a las víctimas y el daño causado por el delito, y su restauración, a través de opciones alternativas a la pena, considerando los modelos de prevención de la victimización como eje de estudio”. (2011, p. 34).

La falta de participación de la víctima como lesión de su propio derecho

Tradicionalmente, la víctima ha sido vista como un instrumento del proceso penal, no como la persona titular del derecho arrebatado

o lesionado, la que sufre el daño directo, vive las consecuencias negativas sociales, psicológicas y materiales del delito, y que, a través de un proceso justo y participativo, debe obtener la reparación de esos daños.

Este sistema judicial es revictimizante como bien lo apunta Barquero (2011, p. VIII), porque le quita protagonismo a la persona que sufrió el daño, no le da participación activa en la solución del conflicto, no le preocupa cómo se siente, qué espera del proceso, cuáles son sus intereses, cómo desea que le reparen el daño sufrido y no admite la reparación simbólica. En ese sentido, Barquero señala que: “En la práctica el sistema penal, se aleja de la consideración humanista de los involucrados en el proceso y deshumaniza la justicia, lo que provoca que la víctima se convierta en un instrumento del ejercicio de la función penal, en el tanto en que es su participación efectiva en el resultado del proceso, la que determina la protección y atención que reciba” (p. VIII).

Siguiendo a esta misma autora, vemos cómo la víctima en las formas de solución del conflicto penal retributivo es sometida a un proceso deshumanizado, lleno de obstáculos, de trato despersonalizado, carente de empatía, muchas veces “indignante” y estigmatizante para la víctima, que termina agravando el daño sufrido en lo social, psicológico y moral, y muchas veces por ese proceso, resulta más desprotegida y con una sensación de que no fue dignamente atendida.

Comparto el punto de vista de Bravo, Omar Alejandro (2011), quien, en otra dimensión del tema de la victimización, reconoce que “una reparación integral de la víctima debe incluir las instancias jurídicas que permitan esclarecer la forma en que se produjo el hecho, determinar una escala de responsabilidades y castigos y darle voz y legitimidad a los

reclamos de las víctimas directas e indirectas de estas políticas, apuntando también a resolver las causas sociales que originaron estos procesos” (p. 5).

Según mi criterio, la no participación activa de la víctima riñe con todos los postulados de la victimología, la Justicia y los derechos humanos que le otorgan a la víctima un papel fundamental en la solución del conflicto. Revertir esa situación hoy pasa por lo que atinadamente señala Arias Madrigal (2006) citando a Silva Sánchez: “La preocupación por la víctima conlleva a la hora de resolver el conflicto un nuevo entendimiento, a favor de la perspectiva horizontal del delito (entre el delincuente y la víctima), ya no entre el individuo y las normas estatales (conflicto social vertical). La satisfacción a la víctima no tiene por qué ser exclusivamente material, sino que se aceptan las prestaciones simbólicas” (p.171).

La recuperación del rol de la víctima en el conflicto penal

La justicia restaurativa, por sus principios y valores y los fines que persigue, constituye en la práctica una recuperación del papel de la víctima dentro del proceso penal.

En ese sentido y refiriéndose cómo ha sido tradicionalmente el rol que le ha dado la justicia tradicional, Barquero (2011) advierte que: “En el momento que la víctima accede a la justicia deja de ser protagonista de su propio conflicto, el Estado aparece como titular del ius puniendi, interesado solo en la persecución del delincuente” (p. 50).

Es decir, en un proceso restaurativo, la preocupación debe centrarse en el daño sufrido por la víctima, más que en la culpabilidad del delincuente. Así parece

también como la autora Arias Madrigal lo entiende cuando señala que: “Para la Justicia restaurativa la culpabilidad del autor no es un aspecto central, sino el reconocimiento de la responsabilidad y las obligaciones hacia la víctima que se generaron con el delito, señalándose que el autor, ‘puede hacer las cosas bien’ ” (p. 173).

Desde la visión de ambas autoras, la participación de la víctima en el conflicto penal de corte retributivo es minimizada, porque lo que le importa al sistema penal es ¿qué delito cometió?, ¿quién lo cometió? y ¿qué sanción se le aplica al delincuente? sin que la víctima tenga otra participación más allá de la presentación de la denuncia y servir de prueba.

Según Barquero, luego de un proceso ordinario de corte retributivo:

“La propia víctima, no reconoce sus derechos, la propia víctima es controlada por la opinión pública, por los discursos políticos de “cero tolerancias”, sin darse cuenta que es la mayor afectada, puesto que su problema no es solucionado, se convirtió en una amenaza social, que sólo se soluciona si el victimario va a la cárcel, no si lo enfrenta, no si lo ayuda, no si lo perdona (p. 52).

A diferencia de esa situación descrita, según Arias (p. 171), en la justicia restaurativa -criterio comprobado por nosotros en la práctica-, se experimenta un proceso desformalizado de colaboración entre las personas afectadas directamente por el delito, para alcanzar la reparación del daño, en el cual tanto la persona ofensora como la víctima participan en la resolución de sus propios problemas a través de un diálogo respetuoso,

de diversas expectativas, integración y orden, de allí que la víctima se constituye en la base misma de ese proceso restaurativo.

En la justicia restaurativa, se toma en cuenta a la víctima no para que confronte posiciones con la persona ofensora, sino para ubicarla a través de una estrategia comunicativa que promueve el diálogo respetuoso, en las dimensiones del daño ocasionado, la responsabilidad y el compromiso que debe asumir la persona que lo causó.

En ese mismo sentido, el autor Rey Navas (2018, p. 163) señala las características del proceso restaurativo:

El proceso en general debe orientarse al diálogo respecto de lo sucedido y buscar que las partes resuelvan estos interrogantes, ¿cuál fue el daño generado?, ¿qué debe hacerse para repararlo? Y ¿quién es el responsable de hacerlo? Este proceso de diálogo aporta ventajas para las partes, en especial a la víctima, quien cuenta con la posibilidad de exteriorizar sus sentimientos, lo que le ayuda a la superación del impacto del delito. Por su parte, al victimario le beneficia el diálogo con la víctima puesto que le permite ser más consciente del daño ocasionado, que lleva a la responsabilidad de sus actos [...].

Bajo esa misma concepción, Arias (2006) toma como partida el hecho de que el delito es un producto social, y que el restablecimiento de la paz jurídica se construye y gira en torno fundamentalmente a la responsabilidad personal y la atención a la víctima. Por eso señala que “el énfasis se pone en el daño

causado y en la alteración de las relaciones interpersonales entre la víctima y el delincuente en un contexto social” (p. 173).

Experimentamos un ejemplo que ilustra esa concepción aplicada a la práctica hace unos días en la Oficina de Justicia Restaurativa de Cartago, con la atención de un caso de hurto simple, en el que el ofensor utilizó la tarjeta de débito que la ofendida dejó olvidada en su auto cuando este le prestó un servicio de taxi informal hasta su casa.

La persona ofensora, a la cual vamos a distinguir con el nombre ficticio de “Florencio”, para respetar el principio de confidencialidad, se dedica al transporte informal de personas para una empresa de plataforma de servicios de transportes de taxi informal, vive con su padre, un adulto mayor que presenta algunos padecimientos de salud y depende económicamente de Florencio.

La ofendida, a la cual denominamos “María Laura” es una madre soltera de dos hijos menores y es la persona que corre con los gastos de su hogar, el cual está integrado por un hermano, sus dos hijos y su progenitora. Estaba recién iniciando labores en un restaurante y, casualmente, en esos días, acababa de recibir su primer salario, el cual le fue depositado en su cuenta bancaria.

Por un descuido, el día que utilizó el servicio de Florencio, la ofendida dejó olvidada su tarjeta, y otro pasajero que después abordó el mismo transporte, la encontró y se la entregó al conductor porque al preguntarle este le aseguró que era de él.

En la reunión restaurativa, Florencio tuvo que referirse a los hechos frente a su víctima y, con un semblante que evidenciaba cierta congoja, reconoció su conducta y las afectaciones

que le había causado a María Laura, ya que suponía que ella había obtenido con mucho esfuerzo el dinero que él le sustrajo de la cuenta. Indicó que, aunque siempre supo que lo correcto en ese momento era devolverle la tarjeta a su dueña, ya que la había dejado olvidada, pudo más la necesidad por la que atravesaba, pues en esos días la cosa andaba muy mal en su trabajo, la clientela había mermado considerablemente, producto de la pandemia y, por eso, no generaba ni para pagar las cuotas diarias al dueño del vehículo y, menos aún, para comprar los alimentos para él y su padre.

Presionado por esas circunstancias, Florencio indicó que optó por utilizar la tarjeta de la ofendida para hacer compras de alimentos en dos supermercados y llenar el tanque de gasolina del auto, ya que era su herramienta de trabajo.

Reconoció que, en todo momento, él era consciente de que su acción contravenía el valor de la honradez y la honestidad que tanto trató de inculcarle su padre desde niño; pero tenía en ese momento que cubrir esas necesidades que lo atormentaban y le manifestó a la ofendida que se sentía muy arrepentido y avergonzado, y le pidió disculpas.

Por su parte, María Laura muy emocionada y, con mucha firmeza, le hizo ver a Florencio que nada podía justificar su acción delictiva y, que, por su conducta, ella y su familia sufrieron mucho. Ese acto desplegado en su contra ocasionó que ella se desorientara por un momento, porque no sabía qué hacer para recuperar su tarjeta y el dinero de su cuenta.

Ese dinero sustraído por su victimario era su primer salario después de varios meses de estar sin empleo, sin ingresos; sintió que

“el mundo se le vino encima”, ya que no solo debía pagar las deudas contraídas durante el tiempo que estuvo sin empleo, sino también estaba comprometida para la manutención de su madre y sus dos hijos, ya que, aunque su hermano aportaba al hogar, ella era el principal sostén de la familia.

Le describió a Florencio cómo el hecho delictivo la afectó psicológicamente, que entró en crisis y que fue, gracias a la comprensión, al apoyo moral y económico de sus compañeros de trabajo, quienes además le aconsejaron que acudiera al banco a solicitar un Informe De Los Movimientos De Su Cuenta, Y Que Presentara Una Denuncia En El OIJ. Así logró reponerse anímicamente y orientarse mejor para tomar las acciones pertinentes que terminaron con la presentación de la denuncia penal y la identificación del causante de sus afectaciones.

Un detalle de esa reunión que deseo destacar es cómo después de que la víctima se desahogara con Florencio contándole todas sus penurias, de una manera espontánea, pero muy asertiva y empática, María Laura manifestó que, a pesar de la desesperanza por la que atravesaba en aquel momento, en algo le reconfortó saber que la persona que le había causado ese daño no era cualquier delincuente, sino otra persona que, al igual que ella, la estaba pasando muy mal económicamente, ya que el uso de la tarjeta fue únicamente para comprar alimentos.

Finalmente, María Laura nos compartió que le costó sacar las palabras para enfrentar a Florencio y decirle todo el coraje que ella sintió y por lo que su familia tuvo que pasar, producto de la acción delictiva que él desplegó en su contra, pero que, a medida que se desarrollaba la reunión, sintió alivio de “tener la oportunidad y tranquilidad

para verlo a los ojos y decirle que, aunque ahora ella entendía la necesidad por la que él atravesaba, sustraer el dinero de otra persona jamás se podía justificar, porque no se sabía por todo lo que la persona dueña había tenido que pasar para conseguirla, y que ojalá esa experiencia le sirviera de lección para que nunca más le hiciera esto a nadie”.

Florencio, al escuchar a la ofendida, de forma también espontánea, le pidió disculpas diciéndole que, desde el momento en que realizó esa acción, estuvo consciente del daño que le pudo causar y, por eso, desde que supo de la denuncia penal en su contra, se dispuso a ahorrar dinero con la idea de devolverle a la víctima todo lo que había sustraído de su cuenta bancaria y, llegado ahora ese momento, podía ofrecerle, además de las disculpas, una suma de dinero por un monto superior que el que le sustrajo a la víctima y que se lo podía cancelar ese mismo día.

Al respecto, María Laura indicó que se sentía muy agradecida, porque superó sus expectativas, ya que ella venía preparada para tal vez obtener el reintegro del dinero en un plazo de, por lo menos, unos tres meses; pero que, con el gesto del ofensor, veía ahora a una persona responsable.

La historia anterior, aunque lo parezca, no es sacada de una novela de ficción, es un hecho real que, para los operadores de la justicia restaurativa, resulta bastante común.

Las personas lectoras de estas líneas que no hayan tenido la oportunidad de participar en una reunión restaurativa deben comprender que, para nosotros, los equipos interdisciplinarios de las oficinas de justicia restaurativa, experiencias como estas nos hacen matricularnos cada vez más con las bondades de esta forma de solución del

conflicto penal. En mi caso, siempre me cuestiono cuál hubiera sido el significado del proceso para María Laura, si no se le hubiera dado el protagonismo que tuvo.

Posiblemente hubiera salido más lesionada individual y socialmente, porque se hubiera quedado con la imagen de su ofensor como el de una persona incapaz de repararle el daño; es decir, simplemente como un “irresponsable más”.

En cambio, en este caso, tenemos la firme convicción de que la víctima, al tener un mayor protagonismo, ganó confianza, alivio, obtuvo reparación, y se dio una oportunidad de conocer otra imagen de su ofensor.

Con la experiencia de los años que trabajamos en la vía ordinaria, la tramitación de este caso bajo la concepción retributiva es probable que también le hubiera permitido a María Laura recuperar el dinero; pero me atrevería a apostar que jamás saldría con la paz interior con la que salió de esa reunión.

Derechos y deberes de las víctimas a la luz de la justicia restaurativa

El artículo 70 del Código Procesal Penal (CPP) de Costa Rica considera víctima a:

“La persona directamente ofendida por el delito; al cónyuge, la persona conviviente con más de dos años de vida en común, el hijo o la hija, la madre y el padre adoptivos, los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad y el heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido; las personas socias, asociadas o

miembros, respecto de los delitos que afecten a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan; las asociaciones, fundaciones, y otros entes que tengan carácter registral, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

Este mismo concepto es el que adopta la LJR para las víctimas usuarias de la justicia restaurativa en su artículo 8.

En Costa Rica, se produce un cambio de la visión utilitarista de la víctima con la reforma del CPP de 1996, ya que, en su artículo 71, regula los derechos y deberes de las víctimas del proceso penal, indicando que, aun sin haberse constituido como querellante, le asisten dentro del proceso los derechos de información y trato, derechos de protección y asistencia, derechos de protección procesal y derechos procesales.

Luego de varios años de estar aplicando el Programa de Justicia Restaurativa en materia penal dentro del Poder Judicial, la Asamblea Legislativa promulgó en Costa Rica la Ley de Justicia Restaurativa (en lo sucesivo LJR), la cual recoge muchos de los principios plasmados en los *Principios básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en el proceso penal* (DPBJR) de 2002.

Derechos de las víctimas usuarias del procedimiento restaurativo

Respeto a su dignidad

En el primer caso, podemos observar que, en el capítulo de acceso a la Justicia, los *Principios básicos de justicia restaurativa*

señalan que: “Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional [...]. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos”.

En el mismo sentido, en su artículo 9, la LJR regula los derechos y deberes de la víctima y, en el inciso a), establece como un derecho “recibir un trato digno que respete sus derechos fundamentales y que procure reducir o evitar su revictimización”.

Atendiendo a los mismos principios, la Ley 8720 de Protección a Víctimas, Testigos y Demás Sujetos intervinientes en el Proceso Penal establece una serie de medidas procesales y extraprocesales para garantizar la seguridad y protección de la integridad física, psicológica, psíquica y emocional de las víctimas, esto para reducir el impacto negativo del proceso en sus vidas o evitar ser arrastradas a una nueva victimización.

Siguiendo esa lógica, la LJR genera una reforma al artículo 6 de la Ley 8720 que adiciona el artículo 6 *bis*, el cual obliga a la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público (OAVD) a crear la Unidad de Atención en Justicia Restaurativa, para la atención y abordaje integral holístico a las víctimas usuarias de la justicia restaurativa, entre otras.

Derecho a la información

Por su parte, la *Declaración de los principios básicos sobre el uso de programas de justicia restaurativa en el proceso penal* (en lo sucesivo DPBJR) reconoce como un derecho fundamental la información a las

víctimas, ya que recomienda que, antes de dar su acuerdo para participar en procesos restaurativos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión. También advierte que: “No se debe coaccionar a la víctima para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se les debe inducir a hacerlo por medios desleales [...]”; es decir, se reconoce la libre voluntad de la víctima para participar en un proceso de justicia restaurativa.

En su artículo 9, inciso c), la LJR reconoce el derecho de “conocer toda la información que consta en el expediente judicial sobre el procedimiento restaurativo, el seguimiento del acuerdo restaurativo, el cumplimiento o incumplimiento de la medida alterna, así como de la finalización del proceso penal, penal juvenil o contravencional”.

Consentimiento informado

El punto 7 de los Principios Básicos de la Justicia Restaurativa (en adelante PBJR), recomienda que: “Los procesos restaurativos deben utilizarse [...] con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Los acuerdos se alcanzarán en forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas”.

Por su parte, el artículo 9, inciso g) de la LJR reconoce el derecho de la víctima de someter su caso a justicia restaurativa de manera informada y voluntaria y a retirarse en cualquier momento hasta antes de la judicialización de los acuerdos.

Derecho a una asistencia letrada y a intérpretes o servicios de traducción

La Declaración de los Principios Básicos de la Justicia Restaurativa (en adelante DPBJR) recomienda el reconocimiento del derecho de la víctima de consultar a un asesor letrado en relación con el proceso restaurativo y, en caso necesario, a servicios de traducción o interpretación.

Este principio se adopta en el artículo 9, inciso f) de la LJR como el derecho a contar con asesoría profesional jurídica social psicológica de su confianza, debiendo pagar los honorarios profesionales correspondientes o, en su defecto, si así lo requiere, la OAVD brindará el servicio.

Derecho a la confidencialidad

La DPBJR recomienda que: “Las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos que no sean públicos tendrán carácter confidencial y no deberán revelarse ulteriormente, salvo acuerdo de las partes o si la legislación nacional dispone otra cosa”.

Este principio adoptado en la LJR, en su artículo 9, inciso i, se tiene como el derecho de la víctima: “A la confidencialidad, la privacidad y el secreto profesional de todos los aspectos relacionados con el caso sometido a justicia restaurativa [...]”.

Este derecho es una salvaguardia de los intereses de la víctima que le garantiza que nada de lo que diga en esta vía podrá ser divulgada sin su consentimiento.

Derecho a una participación activa

En su artículo 9, inciso j), La LJR reconoce el derecho a la víctima de “participar

activamente en el procedimiento restaurativo, [...] para que se le restaure el daño causado”. La norma también le da el derecho de poder retirarse en cualquier momento del proceso hasta antes de la judicialización de los acuerdos, según el inciso g).

Derecho a contar con personal de apoyo

El artículo 9, incisos e) y h) de la LJR, les otorga a las víctimas el derecho de ser acompañadas por una persona de su confianza que sea de su elección, concediéndole también la oportunidad a la OAVD de colaborar como su persona de apoyo en la reunión restaurativa.

Asimismo, dicha ley les reconoce el derecho de ser “apoyadas por organizaciones de la sociedad civil que integren la Red de Atención de las víctimas, a fin de apoyar los procesos de integración social y familiar, la restauración, la rehabilitación y la recuperación” (art. 9, inc. h, LJR).

Derecho a la reparación del daño

La LJR contempla el derecho de las víctimas a la reparación del daño y a resolver la causa penal, mediante el procedimiento de justicia restaurativa, siempre y cuando sea procedente de conformidad con esa ley (art. 9, inciso b).

Deberes de la víctima usuaria del procedimiento restaurativo

Deber de mantener respeto y escucha activa
Los deberes que la ley establece para las víctimas del procedimiento restaurativo son mantener el respeto y la escucha activa en todas las etapas del proceso. Este deber se contempla en el inciso k) del artículo 9 de la LJR.

Sin embargo, debo aclarar que, en el artículo 19 de la citada ley, se establece que “si la víctima no está anuente a participar en el procedimiento restaurativo, se debe remitir de manera inmediata el expediente a la vía penal correspondiente”, salvaguardando así su voluntad.

Deber de ser puntual

De igual forma, la víctima tiene el deber de “atender puntualmente a todos los llamamientos judiciales que se realicen desde sede restaurativa, así como mantener actualizado su domicilio, los teléfonos y el medio de notificación para ser localizada” (art. 9 inciso l) de la LJR).

Deber de informar cualquier incumplimiento
Se establece para la víctima: “la obligación de informar cualquier incumplimiento de los acuerdos” (art. 9 inciso l) de la LJR).

Sin duda alguna, estos deberes están dirigidos a darle una mayor participación a la víctima, para alcanzar soluciones conjuntas con la parte ofensora y a garantizar el cumplimiento de sus acuerdos restaurativos.

CONCLUSIONES

Luego de repasar los derechos y obligaciones de las víctimas a la luz de la justicia restaurativa, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el proceso restaurativo costarricense le ofrece a la víctima respuestas a la exclusión de la que venía siendo condenada décadas atrás, y procura superar dichas circunstancias estableciendo un equilibrio entre la influencia del Estado, los y las delincuentes, las víctimas y la comunidad, tanto en el plano general como en el contexto de cada caso concreto.

Vemos que uno de los principales objetivos que persigue la LJR, en consonancia con la doctrina y el derecho internacional, es apoyar a las víctimas, darles una voz, motivarlas a expresar sus necesidades, permitirles participar en el proceso de resolución y ofrecerles ayuda y protección.

Este artículo nos permite reflejar la importancia de la incorporación de las nuevas formas de resolver el conflicto penal, en el que las víctimas logran obtener una mayor satisfacción del sistema institucional de resolución de conflictos.

Nos demuestra también cómo a través de la justicia restaurativa las personas que han sido dañadas por el delito tienen la oportunidad de exteriorizar sus sentimientos y, con ello, alcanzar un mayor grado de confianza para enfrentar a su victimario y continuar con sus vidas en un ambiente de mayor tranquilidad y seguridad internas, al tiempo que obtienen una reparación por el daño sufrido.

Esta corriente más humanizada hoy cuenta con respaldo normativo como son los instrumentos internacionales estudiados que promueven su aplicación y respuestas más integrales para las víctimas y que, a su vez, han irradiado el ámbito nacional con leyes, tales como el Código Procesal Penal de 1996, la Ley 8720 y, recientemente, la Ley 9582, todas destinadas a procurarles mayor acceso a la Justicia, participación, trato digno, protección, resarcimiento, indemnización, asistencia y acompañamiento a las víctimas del delito.

No caben dudas de que este nuevo modelo de hacer justicia dignifica mejor el rol de las víctimas y les ayuda a superar el impacto

del delito. Las bondades que esta nueva resolución del conflicto penal les ofrece a las personas ofendidas en Costa Rica están teniendo mucho éxito, a pesar de que tienen solo una década de estar operando.

Bibliografía

Arias Madrigal, D. (2006). *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*. CONAMAJ. San José: Impresora Gossestra, pp. 164 a 185.

Barquero Chaves, E. (2011). *Oficina de atención y protección a la víctima del delito del sistema jurídico penal costarricense: Riesgos, déficits y potencialidades*. Universidad de Barcelona, Universidad para la Cooperación Internacional. Tesis para optar por el grado de Maestría en Sociología Jurídico-Penal.

Bravo, O. A. (diciembre de 2011). Trauma, memoria, justicia y reparación. *Revista Electrónica de Psicología Social "Poíesis"*. ISSN 1692-0945. N.º 22.

Cumbre Judicial Iberoamericana. (abril de 2012). *Carta Iberoamericana de Derechos Humanos de las Víctimas*. Argentina.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

Ley de Justicia Restaurativa. (20 de julio de 2018). Publicada en *La Gaceta*, Alcance n.º 133.

Rey Navas, Fabio Iván. (2018). *La justicia restaurativa como un fin de la pena*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Segovia Bernabé, J. L. y Ríos Martín, J. (2017). *Diálogo, justicia restaurativa y mediación*. En <https://es.slideshare.net/gathyus/dilogo-justicia-restaurativa-y-mediacion-jos-luis-segovia-bernab>.

LEY DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN COSTA RICA Y RESPONSABILIDAD PENAL

Licda. Clara Contreras Méndez*

RESUMEN

El objetivo de este artículo académico es analizar la relación entre la investigación biomédica y la responsabilidad penal en la investigación con seres humanos. A medida que se conocen más leyes y reglamentos biomédicos, se vuelve más fácil proteger los derechos de las personas participantes que donan muestras biológicas de material humano para la investigación biomédica.

Palabras claves. bioética/ legislación/ muestra biológica/ consentimiento/sanciones penales.

ABSTRACT

The objective of this academic article is to analyze the relationship between biomedical research and criminal liability in research involving human beings. As more biomedical laws and regulations become known, it becomes easier to protect the rights of participants who donate biological samples for scientific research.

Keywords: bioethics/ legislation/ biological sample/ consent/ criminal sanctions.

Recibido: 9 de mayo de 2023

Aprobado: 22 de agosto de 2023

* Bachiller en Criminología, Licenciada en derecho, actualmente cursa la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, además se encuentra realizando un voluntariado con el Ministerio de Justicia y Paz, en el área jurídica del Centro Institucional Calle Real, Liberia. Correo electrónico: ccontreras@yahoo.es

Acrónimos

CEC: Comité Ético Científico

CONIS: Consejo Nacional de Investigación en Salud

ACIB: Agencia Costarricense de Investigaciones Biomédicas

UGCIR: Unidad de Gestión de Calidad, Información y Regulatorios

UGP: Unidad de Gestión de Participantes

UGTI: Unidad de Gestión de Tecnologías de Información

Sumario: I. Antecedentes. II. Introducción. III. Referencias conceptuales IV. Desarrollo V. Resultados. VI. Discusión VII. Conclusión VIII. Bibliografía.

I. Antecedentes

Guillermo Coronado y otros (2006) mencionan que, desde la perspectiva histórica, es necesario hacer referencia al Código de Nuremberg y a la Declaración de Helsinki como hito histórico y como guía universal de referencia que fueron elaborados con el fin de evitar los abusos médicos.

El Código de Nuremberg (CN), 1947, contiene los diez principios que resultan del marco ético-moral del juzgamiento de los terribles crímenes cometidos en el contexto de la pseudoinvestigación médica de los campos de concentración nazis (p.168).

La Dra. Ortiz (2021) menciona que la Declaración de Helsinki y el Código Nuremberg, en cualquiera de sus versiones, no son tratados internacionales, sino más bien códigos de conducta moral en investigación que podrían llegar a tener un estatus jurídico vinculante (s. p.).

“El desarrollo de la bioética en Costa Rica, se inició en los años setenta, mediante el decreto ejecutivo 2393”. (Bustos Monteiro 2007, p. 40)

Las investigaciones biomédicas en la época de los setenta se regulaban mediante la Ley General de Salud N.º 5395.

Actualmente, los biobancos son regulados por la Ley de Biomédica N.º 9234 y su Reglamento N.º 39533-S, las guías de buenas prácticas clínicas, la norma internacional ISO 20387:2018, los códigos de conducta Nuremberg y Helsinki, entre otros instrumentos normativos.

En Costa Rica, no existe un reglamento específico en el tema de biobancos humanos con fines de investigación biomédica.

Con la Ley Reguladora de Investigaciones Biomédicas, se supera en Costa Rica alrededor de 40 años de ausencia de normativa legal, según las personas expertas participantes en el proceso de discusión del proyecto de ley y especialistas en bioética.

La Dra. Ortiz (2021) menciona en su ponencia un dato importante sobre la Propuesta de la FDA 2004 de desregulación ética, el cual pretende reemplazar la Declaración de Helsinki por las Guías de Buenas Prácticas Clínicas que se mencionó en la Conferencia Internacional de Armonización (s. p.).

II. Introducción

La Investigación Biomédica N.º 9234, publicada el 25 de abril de 2014, tiene como objeto regular la investigación biomédica con seres humanos en materia de salud, en los sectores público y privado, tal como lo indica el numeral 1.

También el Reglamento a la Ley Reguladora de Investigación Biomédica rige a partir del año 2016, el cual tiene por objeto regular, controlar y fiscalizar la aplicación de la Ley N.º 9234, establecido así en el numeral 1 de ese reglamento a fin de garantizar la vida, la salud, el interés, el bienestar y la dignidad de las personas involucradas en la investigación biomédica en los sectores público y privado.

Ambos fueron creados con el mismo objetivo de regular la utilización de muestras biológicas humanas en la investigación biomédica, donde las personas puedan ser sujetos de experimentación en el marco de respeto a los derechos humanos y las libertades, además, garantizar la protección de la privacidad de las personas participantes y la confidencialidad de los datos y de la información, y regular el proceder ético de las personas investigadoras en la investigación biomédica. Esta normativa legal cumple un papel fundamental, de tal manera que la infracción a esta ley y al reglamento implica como consecuencia responsabilidad civil, penal o disciplinaria a la persona infractora.

Los avances científicos y los procedimientos del manejo de muestras biológicas con fines de diagnóstico y de investigación científica han cobrado enorme relevancia. Son cada vez más frecuentes las investigaciones que implican procedimientos. Por otro lado, están las herramientas utilizadas para alcanzarlos, tales como la obtención, utilización, almacenaje, donación o cesión de las muestras biológicas y de los datos, las cuales generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que disponen la necesidad de elaborar un marco jurídico sólido para regular los procedimientos de la investigación biomédica, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa los derechos

de las personas participantes de los estudios científicos.

Además, es importante aclarar que no se puede dejar de analizar y mencionar la definición de biobanco, debido a que Costa Rica no tiene regulación específica en el tema de biobancos humanos con fines de investigación biomédica, de manera que esta Ley 9234 regula actualmente el tema.

III. Referencias conceptuales

En este apartado, se encuentran definiciones que son muy importantes para comprender la relación de la Ley de Biomédica con los biobancos.

3.1 Bioética

“La palabra Bioética está compuesta de los términos griegos bios (vida) y ética (costumbre o norma de vida)”. (Sádaba 2000, p. 37).

“La Enciclopedia de Bioética. Según la definición de dicha Enciclopedia, la Bioética es el estudio sistemático de la acción o conducta humana con relación a la biología y la salud según valores y principios morales”. (Sádaba 2000, p. 38).

Sádaba (2000), citando a Potter, describió la bioética en cuanto estudio sistemático de la acción humana tanto en las ciencias humanas como en las de la salud, según principios morales. Los cuatro principios básicos de la bioética son: 1) autonomía de las

personas, 2) beneficencia, 3) no maleficencia y 4) justicia (p. 41).

3.2 Relación entre bioética y derecho

Méndez Baiges (2000) señala que el término bioética fue acuñado por el americano V. R. Potter, a principios de los años setenta, para referirse a un proyecto de elaboración de normas para el buen uso de las ciencias biomédicas. Pero un asunto es la reflexión sobre la biomedicina y sus consecuencias para la sociedad y otro es el derecho biomédico o conjunto de leyes que regulan la biología y la medicina. La importancia de una cosa en relación con la otra no puede permitir en ningún caso su identificación. La bioética es una reflexión general de naturaleza filosófica, cuyo objeto son los avances de la biomedicina que pueden servir a su regulación jurídica, pero no es el derecho ni lo puede ser (p. 51). Del párrafo anterior, se deduce que el triángulo de biobancos, bioética y protección de datos se puede utilizar para establecer una conexión con la responsabilidad penal, ya que el derecho biomédico, como objetivo de los comités médicos y de ética, debe garantizar los procedimientos éticos y las actividades para proteger la información, la dignidad y la intimidad de todos los seres humanos frente a los intereses de la sociedad o la ciencia, dentro de un marco ético y legal que afecta los aspectos sociales y personales fundamentales como la dignidad de la persona y su autonomía en su cuerpo.

Zúñiga (2021), investigador de la Agencia Costarricense de Investigaciones Biomédicas (ACIB), explica los siguientes términos:

- **Colecciones:** Son un conjunto de muestras, por ejemplo: las muestras patológicas en un hospital sin ninguna

organización, nada más todas en conjunto.

- **Repositorio:** Es una colección organizada de muestras. Puede tener o no tener datos asociados para investigación.
- **Biobancos:** Repositorio de muestras biológicas humanas con sus datos asociados para investigación (s. p.).

La Unidad de Gestión Bioespecímenes y Producto de Investigación (2023) indica que el biobanco, certificado ISO 9001, 2015, funciona como el espacio especializado en la preparación, distribución y almacenamiento de muestras biológicas y sus datos asociados, con fines científicos y bajo un estricto marco ético y legal, esto como parte de las principales capacidades al servicio del desarrollo de la ciencia. Está conformado por distintas áreas de almacenamiento a diferentes temperaturas, lo cual incluye: ambiente, refrigerada, ultrabaja de -80 °C y criogénicas de -150 °C. Al respecto, cada una de estas áreas posee una amplia capacidad de almacenamiento de tubos o viales (s. p.).

- **Biobanco:** Establecimiento que acoge una o varias colecciones de muestras biológicas y datos asociados, donde se llevan a cabo actividades de procesamiento, preservación, almacenamiento o distribución de material biológico para investigación biomédica. Fuente: Reglamento CCSS (p. 4).

Zúñiga Rojas (2021) señala que las diferencias entre colecciones y biobancos radica en que una colección puede mantener una estructura organizada con sus datos asociados; pero no se integra en un marco

ético ni legal y no contiene consentimiento informado para la investigación.

Esta es la razón principal por las cuales esas muestras no se pueden utilizar para investigación biomédica. Es decir, si tienen una colección de patologías en un hospital que fueron recolectadas para diagnóstico, esta no puede ser utilizada para investigación biomédica, si no tienen un consentimiento por parte de la persona que donó el material. Su uso es normalmente gratis y se le denomina así porque se utiliza para diagnóstico.

Por su parte, un biobanco es un repositorio de muestras biológicas que tienen datos asociados, pero en un marco ético que tiene un consentimiento informado y una aprobación por un comité ético-científico. Estas muestras sí pueden utilizarse en investigaciones biomédicas y, aunque se denomina que su costo es gratis, siempre acarrea un pequeño costo de manipulación de las muestras de almacenamiento de selección de muestras y transporte hasta la persona investigadora interesada (s. p.).

En lo referente a datos, estos se definen con base en la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales N.º 8968.

- **Base de datos:** Cualquier archivo, fichero, registro u otro conjunto estructurado de datos personales, que sean objeto de tratamiento o procesamiento, automatizado o manuales, cualquiera que sea la modalidad de su elaboración, organización o acceso. (artículo 3, inc. a)
- **Datos sensibles:** Información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones

religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros (artículo 3, inc. e).

Otros términos de relevancia que se encuentran definidos en la Ley 9234 son el Reglamento de Investigación Biomédica N.º 39533-S y el Reglamento de Investigación Biomédica CCSS.

- **Muestra biológica anonimizada o irreversiblemente disociada:** Muestra que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al participante, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable. (Artículo 2, inc. 29).
- **Muestra biológica no identificable o anónima:** Muestra recogida sin un nexo con una persona identificada o identificable de la que, consiguientemente, no se conoce la procedencia y es imposible trazar el origen. (Artículo 2, inc. 30).
- **Investigación biomédica:** Un tipo de actividad diseñada para desarrollar o contribuir al conocimiento generalizable en materia de salud en seres humanos. Puede ser observacional, epidemiológica o no intervencional o experimental, clínica o intervencional. Para los efectos de esta ley, toda referencia a investigación se entenderá como investigación biomédica con seres humanos en materia de salud. (Artículo 2, inc.16).
- **Investigación biomédica observacional, epidemiológica o no intervencional:** Investigación en la cual no se realiza intervención diagnóstica o terapéutica alguna con fines experimentales, ni se

somete a los individuos participantes a condiciones controladas por el investigador. Para los efectos de esta ley, toda referencia a investigación observacional se entenderá como investigación biomédica observacional, epidemiológica o no intervencional en seres humanos en materia de salud. (Artículo 2, inc.19).

- **Consentimiento informado.** Andruet, A. (2012) menciona que el Código de Nuremberg es un referente universal y hasta el día de hoy al grado tal que es auténticamente transcultural y un auténtico elemento de inculturación deontológica y del cual se obtienen aspectos sobresalientes como el consentimiento voluntario del sujeto, esencial para la realización de la investigación y, como tal, puede renunciar o suspenderla libremente (pp. 186, 187).
- **Consentimiento informado:** El consentimiento informado es el proceso de información y comprensión mediante el cual una persona manifiesta voluntariamente su deseo de participar en una investigación biomédica. (Artículo 2. inc.7).
- **Asentimiento informado:** Proceso mediante el cual se informa a una persona menor de edad, pero mayor de 12 años, sobre su participación en una investigación biomédica. El asentimiento debe redactarse en el lenguaje apropiado y comprensible para el individuo y debe ir acompañado del consentimiento informado legal del padre, madre, tutor o la persona que esté ejerciendo la custodia legal del menor. En caso de conflicto, imperará el criterio del menor. (Artículo 2, inc. 30),

- **Anonimizar:** Proceso por el cual deja de ser posible establecer el nexo entre un dato o una muestra y el dueño de esta. (Artículo 2, inc. 30).
- **Protección de grupos vulnerables:** El reglamento los define como aquellos cuya disposición para participar como voluntarios en una investigación biomédica pueda estar influenciada indebidamente por la expectativa no justificada de beneficios relacionados con la participación, de una respuesta en represalia por parte de personas de jerarquía superior en caso de negarse a participar, falta de capacidad para dar consentimiento informado, falta de medios alternativos para conseguir atención médica u otras necesidades de alto costo. (Artículo 3, inc. z).

Según la Ley 9234, “deben considerarse: ‘grupos subordinados en razón de autoridad, entre otros, estudiantes, residentes y/o concurrentes de medicina u otras ciencias de la salud, personas privadas de su libertad y funcionarios de las policías y de seguridad’”. Por otro lado, según el Reglamento N.º 39061-S, se consideran dentro de la categoría de vulnerables:

los participantes con enfermedades terminales, adultos mayores, las personas desempleadas o en la pobreza, quienes están en situaciones de emergencia, los grupos de minorías étnicas, las personas sin hogar, los nómadas, los menores de edad, mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, personas con trastornos mentales, conductuales o cognitivos, comunidades autóctonas, migrantes, migrantes indocumentados, refugiados,

asilados y quienes no tienen la capacidad de otorgar el consentimiento informado por sí mismos, entre otros (s. p).

- **Buenas prácticas clínicas:** Un estándar para el diseño, conducción, realización, monitoreo, auditoría, registro, análisis y reporte de estudios clínicos que proporciona una garantía de que los datos y los resultados reportados son creíbles y precisos y que están protegidos los derechos, integridad y confidencialidad de los sujetos de estudio. (Artículo 3, inc. g).
- **Participante:** Individuo que participa en un proyecto de investigación biomédica, ya sea como receptor directo de una intervención, como control, o como elemento de la observación. El individuo puede ser una persona sana que voluntariamente participa en la investigación, o una persona con una condición no relacionada con la investigación en proceso que participa voluntariamente, o una persona, generalmente un paciente, cuya condición es relevante para el uso del producto estudiado o para respuesta a las preguntas que están siendo investigadas. (Artículo 2, inc. 34).
- **Investigador:** Persona que ejerce una profesión reconocida en el Estado costarricense, acreditado por el CONIS para realizar investigación biomédica, dada su formación científica. El investigador es responsable de la realización de la investigación. Si es un equipo el que realiza el estudio en un

centro, al investigador responsable del equipo se le denominará investigador principal. (Artículo 2, inc. 26).

- **Patrocinador:** Individuo, compañía, entidad u organización pública o privada, nacional o extranjera, que toma la responsabilidad del inicio, la administración, la ejecución, el financiamiento y la publicación de los resultados de una investigación, y que además asume la cobertura de costos e indemnizaciones. (Artículo 2, inc. 35).

IV Desarrollo

4.1 Comités éticos científicos

La Ley 9234 (2014) menciona que, desde un punto de vista organizativo de la ley, se crean dos órganos (CONIS-CEC) a los que se les reconoce una función de imparcialidad por parte de sus integrantes. Deberán actuar con absoluta independencia de criterio, evitando en sus decisiones la influencia de intereses políticos y comerciales. En el numeral 46, se establecen las funciones del inciso a al v.

Toda entidad pública o privada en cuyas instalaciones se realicen investigaciones biomédicas podrán constituir un comité ético científico, el cual tendrá el mismo objetivo: cumplir con estricto apego lo dispuesto en la normativa que regula la investigación biomédica, así como todos aquellos investigadores independientes y/o entidades públicas o privadas que no cuenten con un CEC. También podrán someter el proyecto de investigación a cualquier CEC debidamente acreditado por el CONIS, órgano que aprueba y da las autorizaciones para los estudios de investigación científica. (Artículo 46).

4.2 Consejo Nacional de Investigación en Salud (CONIS)

La Ley 9234 (2014) indica que este consejo es el: “Órgano independiente, multidisciplinario, de carácter ético, técnico y científico, adscrito al Ministerio de Salud con un grado de desconcentración máxima y con personalidad jurídica instrumental”. Tiene como fines garantizar la calidad de las investigaciones y su estricto apego a los derechos humanos y las funciones establecidas en el numeral 43, inc. a a la x. (Artículo 43).

4.3 Responsabilidad penal como límite para las decisiones bioéticas

4.3.1 Hechos punibles: El CONIS gestiona las denuncias que se presentan de la sociedad civil y de las diferentes entidades con mecanismos de abordaje, del ministro de Salud, del CONIS o del CEC, o quien tenga conocimiento del hecho punible, según corresponda. Así mismo, comunicarán lo conducente al Ministerio Público para que promueva y ejerce las acciones penales pertinentes.

- **Artículo 78. Experimentación indebida.** Se vincula al capítulo VII de la ley, numeral 51, como obligaciones del investigador responsable de la ejecución de la investigación biomédica, inciso j). Garantizar la obtención del consentimiento informado de forma correcta y oportuna por parte del participante o de su representante legal, cuando el CEC correspondiente no le haya eximido de dicho requisito.

Permitirá partir de esta línea para la eventual sanción, si hubo engaño o no para lograr el consentimiento informado, si se

informó debidamente o no cuáles eran los medicamentos que se estaban aplicando y los riesgos. E. López (18 de abril de 2023).

Sanción: tres a ocho años de prisión.

- **Artículo 79. Experimentación indebida grave.** En este numeral, se analizan dos aspectos de agravación de la pena. Por un lado, va a hacer más reprochable por los sujetos activos (funcionarios públicos o investigadores) y la reincidencia en la conducta sancionada y la población vulnerable que protege la norma.

Sanción: 5 a 10 años de prisión

- **Artículo 80. Inhabilitación.** La sanción de inhabilitación por un período de cinco a diez años, para los procesos de investigación biomédica o para el ejercicio de su profesión, o ambas, según la valoración de los hechos, a la persona que haya cometido los actos tipificados en los artículos anteriores.

Los artículos **81, 82 y 83** de esta ley son conductas que encuadran dentro de la tipología de los delitos contra la función pública, título XV, Sección II del Código Penal, corrupción de funcionarios o delitos vinculados con las influencias en la función pública, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

- **Artículo 81.** Tráfico de influencias con investigaciones biomédicas. Se analizan en este numeral precisamente cuáles son las empresas y el vínculo familiar, el ligamen con el capital accionario y el ligamen de sus parientes que formen parte de sus juntas directivas. E. López (18 abril de 2023).

Sanción: 1 a 3 años de prisión

- **Artículo 82.** Dádivas y coacción. Los aspectos que se deberán tomar en cuenta en el elemento probatorio son si existió la dádiva y si el funcionario la aceptó, según cada caso, sin perjuicio de otras sanciones que el ente acusador valore si se puede vincular con otros delitos contra la función pública o los delitos vinculados con las influencias en la función pública. E. López (18 de abril de 2023).

Sanción: de tres a cinco años

- **Artículo 83.** Ofrecimiento de dádivas y coacción. Sujeto que ofrezca dádivas o ejerza coacción a los miembros de un CEC. Al igual que el artículo anterior, es un tema de teoría probatoria, se le está dando el ofrecimiento al sujeto (funcionario público o investigador). En ambos artículos (82 y 83), la acción es de índole probatorio.
- **Artículos 84 y 85.** Utilización indebida de información privilegiada y violación de la privacidad.

El primero se halla establecido en el numeral 84 y el segundo en el numeral 85 de la ley. Se pueden vincular ambos artículos con el acceso a la información y manejo de muestras biológicas, se pudo identificar que la Unidad de Gestión de Calidad, Información y Regulatorios (UGCIR) de la agencia ACIB es la unidad que se especializa en la verificación, mantenimiento y custodia de toda la información relativa a los estudios de investigación biomédica.

Los biobancos humanos y las bases de datos de investigación biomédica deben contar con sistemas informáticos y telemáticos seguros que incluyan *hardware* y *software* para evitar el acceso no autorizado a sus bases de datos, las muestras de material

humano que requieran ser anonimizadas y se elimina la información personal de la persona participante que lo pueda identificar, de manera que se registra por medio de un código de barras no vinculante con la persona participante asignada en la investigación.

El manejo de muestras biológicas en cada laboratorio debe seguir las pautas éticas, según lo estipulado en sus manuales operativos internos que se utilicen en cada institución, y solo el personal acreditado por el CONIS podrá realizarlo dada su formación científica.

Corolario de lo anterior, a pesar de que no se puede contar con información personal de la persona participante que lo pueda identificar y que se registra por medio de un código (encriptados con claves o código de barras) no vinculante con el o la participante, esta unidad tiene personal que se especializa en la custodia de toda la información relativa a los estudios de investigación biomédica y, además, posee otra característica para fines de la responsabilidad penal, ya que lo realiza solo personal capacitado para tales fines, y la clave del código debe permanecer con el responsable de la custodia del material biológico.

Se debe analizar en el numeral 85 de esta ley cómo el sujeto activo entra en contacto con esa información, cómo ubica, contacta o recluta al participante para la investigación biomédica que le signifique un beneficio económico a él, a su cónyuge o conviviente o a sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, para poder determinar en el caso concreto qué es un “beneficio económico”, cómo se establece ese beneficio como elemento probatorio válido para poder establecer una posible sanción.

Asimismo, se debe determinar si el involucrado es funcionario público o no para examinar si los hechos punibles se establecen en la Ley Biomédica o si se le aplican las sanciones del Código Penal.

El artículo 85 de esta ley señala que si la persona divulga o publica información privada por cualquier medio, se deberá realizar un examen exhaustivo del hecho para poder establecer si es doloso o culposo, y dependerá de su teoría del caso desde la posición en que se encuentre.

Por otra parte, los comités éticos científicos cuentan con un formulario de declaración jurada unificada para el investigador; pero esta declaración no puede constituirse en un mecanismo para proteger legalmente al investigador, el patrocinador, la organización de administración por contrato y la organización de investigación por contrato según el numeral 9 de esta ley, porque el objetivo es proteger al participante. El documento integra únicamente el compromiso del investigador con la Ley 9234, las buenas prácticas clínicas, el compromiso de guardar confidencialidad, la declaración de conflicto de interés y el compromiso de reportar todos los eventos adversos. Este es uno de los requisitos que debe presentar el equipo investigador.

Existe una excepción al derecho a la confidencialidad. El artículo 28 de esta ley señala que la obligación de confidencialidad no aplica cuando se dé alguna de las condiciones establecidas en ese mismo numeral, las cuales deberán estar consignadas y ser aceptadas por el participante en el consentimiento informado y, por la extensión del texto, no se hará mención detallada de las condiciones establecidas del inciso a al f.

La Unidad de Gestión de Calidad, Información y Regulatorios (UGCIR) cuenta con otras secciones que tienen como propósito resguardar, custodiar y monitorear la información, por lo que es posible para fines de la responsabilidad penal conocer cada una de las siguientes unidades y secciones en las que está dividido el acceso a la información, ya que no todo el personal puede ver la información o tener acceso a los sistemas informáticos.

4.5 La gestión de calidad y monitoreo de la información (Fuente. Unidad de Gestión de Tecnologías de Información (UGTI), plataforma web, s. p.)

Esta sección tiene como principal propósito asegurar que los estudios de investigación cumplan con los requisitos éticos científicos según el protocolo establecido. Además, debe garantizar, mediante auditorías y programas de acciones preventivas y correctivas, el cumplimiento y la excelencia de los procesos.

4.5.1 Centro de documentos

El centro es un sitio seguro para la preparación, archivo y custodia de más de 30 000 expedientes. Toda esta información está resguardada en muebles contra incendio y de acceso restringido. También se custodian todos los documentos oficiales de los diferentes estudios. En cumplimiento con el artículo 51 del Reglamento, de la protección de expedientes.

Con la finalidad de resguardar la información concerniente a la investigación por 30 años, la persona investigadora podrá resguardarla en un servicio de guarda de documentos. A partir de la finalización de la investigación, se debe notificar previamente al CEC respectivo, indicando el nombre de la empresa, la dirección y los documentos enviados.

4.5.2 Digitalización

Digitaliza la información recolectada en papel producto de estudios de investigación ya finalizados, esto para su conservación. En cumplimiento con el artículo 51 del Reglamento, con la finalidad de preservar dicha información y previa autorización del CONIS, se permitirá además la digitalización de la información.

4.5.3 Regulatorios

Asegura el cumplimiento del marco normativo nacional y mantiene comunicación estrecha con los comités éticos científicos.

4.5.4 Gestión de participantes (UGP)

La UGP es la unidad encargada de todos los procedimientos que involucran la identificación, invitación y atención de participantes de los diferentes estudios de investigación. Asimismo, cuenta con el valioso recurso de personas expertas en labores de campo y clínica durante la implementación de los estudios, entre quienes se destacan las personas profesionales en antropología, sociología, trabajo social, psicología, enfermería, medicina, entre otros. (Fuente. Unidad de Gestión de Participantes (UGP), plataforma web, s. p.).

4.5.5 Personal de trabajo de campo

Es el grupo encargado de las visitas a diferentes comunidades que forman parte de los estudios.

4.5.6 Personal clínico

Es el grupo encargado de la atención de participantes.

4.6 Unidad de Gestión de Tecnologías de Información (UGTI)

Mediante recursos tecnológicos e informáticos de máxima calidad y personal altamente calificado, esta unidad se encarga de administrar los productos y servicios informáticos necesarios para cumplir con los objetivos de los estudios de investigación. De igual forma, está equipada con tecnología de punta para el manejo de la información, lo cual garantiza la calidad, integridad y seguridad de los datos, así como la confidencialidad de la información, por medio de la utilización de herramientas de virtualización, geolocalización, técnicas avanzadas de encriptación, redundancia y contingencia. (Fuente. Unidad de Gestión de Tecnologías de Información (UGTI), plataforma web, s. p.).

4.6.1 Centro de datos principal

Es el Campus Universidad EARTH, finca La Flor, Liberia-Guanacaste. Se encuentra constituido por las personas servidoras y los equipos de comunicación en producción.

4.6.2 Centro de Datos Secundarios

Se halla situado en Mata Redonda, San José-Costa Rica. Está compuesto por las personas servidoras y los equipos de comunicación de contingencia.

4.6.3 La Unidad de Gestión de Tecnologías de Información está conformada por las siguientes áreas:

- **Soporte técnico**

Provee acompañamiento en el buen uso de los recursos tecnológicos y aplica las

soluciones necesarias, de forma inmediata, a los problemas informáticos.

- **Análisis y desarrollo**

Personal especializado que lleva a cabo el análisis de requerimientos de *software* y el desarrollo de estas soluciones, así como su mantenimiento.

- **Seguridad, redes y telemática**

Administra las redes de comunicación interna, acceso a internet y telefonía, mediante sistemas de seguridad informática, siguiendo normativas nacionales e internacionales.

Zúñiga (2021) explica que, en ACIB, los sistemas informáticos se encuentran encriptados con claves o código de barras, nunca se exponen los datos de identificación personal del participante. Además, no todo el personal puede ver la información. Por otra parte, la información de los estudios y de las muestras son separadas (s. p.).

De lo anterior se extrae que es compatible lo indicado por el investigador en el numeral 39 del Reglamento de Investigación Biomédica de la CCSS, y que la clave del código debe permanecer con el responsable de la custodia del material biológico.

La agencia actualmente no tiene un biobanco para investigaciones genéticas ni base de datos genética.

V. Resultados

La Ley Biomédica N.º 9234 tiene como objetivo asegurar la evaluación ética y científica de las investigaciones biomédicas, no es exclusivamente esa regulación específica para el tema de biobancos, pero

a falta de una regulación específica, esta ley regula actualmente el tema.

ACIB ha estado regulado por varios comités éticos científicos de acuerdo con el tipo de estudio de investigación, y es acreditado por el CONIS desde julio de 2017. Por su parte, indica el investigador Zúñiga Rojas que “no son exclusivamente esas regulaciones de investigación de biobancos, pero la agencia cumple con la que tiene el país a falta de vacío legal el tema de biobancos”.

Se obtiene como dato estadístico del Departamento de Subproceso Estadístico del Poder Judicial que el Subproceso de Estadística no registra ningún caso bajo la descripción: “infracción a la Ley Reguladora de Investigación Biomédica”. (V. Benavides, correo electrónico, 9 de mayo de 2023).

5.1 Tipos de estudios de investigación que se realizan en ACIB

“ACIB-FUNIN ha realizado estudios relacionados con el virus del papiloma humano (VPH) y el cáncer de cérvix, con el virus SARS-CoV-2 causante del COVID-19, así como con el cáncer de mama, cáncer de estómago, entre otros padecimientos, los cuales han aportado contribuciones y resultados invaluable a la comunidad científica y a la salud pública mundial”. (Fuente. Estudios de investigación, plataforma web, s. p.).

- Estudio ESCUDDO. Su objetivo es evaluar si una sola dosis de las vacunas aprobadas contra el VPH (Cervarix® y Gardasil-9®) es igualmente eficaz que dos dosis. (Fuente. Estudios de investigación, plataforma web, s. p.).

- Estudio PRISMA. Su objetivo es evaluar la eficacia de una sola dosis de las vacunas contra las infecciones por los virus de papiloma humano (VPH) tipo 16 y 18, esto en comparación con un grupo no vacunado. (Fuente. Estudios de investigación, plataforma web, s. p.).
- Estudio RESPIRA. Su objetivo es una investigación observacional de casos y controles en Costa Rica. Su objetivo es evaluar la respuesta inmune al virus SARS-CoV-2 que causa la enfermedad COVID-19. (Fuente. Estudios de investigación, plataforma web, s. p.).

VI. Discusión

Para las personas investigadoras de ACIB-FUNIN, la Ley de Investigación Biomédica proporciona un panorama de claridad normativa sobre cómo debe desenvolverse la investigación, cuáles son los límites, los procedimientos y los requisitos que deben ser cumplidos en el curso de una investigación, incluso una vez concluida.

Debe subrayarse en particular esta observación, dado que así se superarán la confusión y la inseguridad jurídica que existían antes de la entrada en vigor de esta ley, en un momento como el actual, en el que hay una expansión y apertura de la investigación biomédica en Costa Rica a nuevos ámbitos de interés y, en todo caso, prometedores para los investigadores nacionales.

Durante los años próximos, podrá comprobarse en qué medida la Ley Biomédica N.º 9234 ha satisfecho las expectativas tanto entre las personas investigadoras como para las y los participantes de las investigaciones

biomédicas, en particular en estos últimos, sobre la puesta a disposición en este nuevo marco jurídico para su seguridad jurídica.

Se puede extraer de esta investigación que, si existen otras regulaciones vigentes sobre el tema de investigación biomédica, pero se carece de regulación específica para el tema de biobancos, la cual se rige actualmente por la Ley Biomédica N.º 9234 con el fin de que no ocasione que se paralice la realización de estudios epidemiológicos, se debe evitar sanciones de índole administrativa, civil y penal y, con ello, poder continuar con los estudios de investigación.

VII. Conclusión

Puede concluirse que las cuestiones tecnocientíficas de los biobancos no pueden desligarse de las éticas y las legales. Costa Rica necesitaba una regulación jurídica promotora de la investigación en el sector de la biomedicina, al hallarse implicados derechos fundamentales y bienes jurídicos a los que la sociedad, por lo general, confiere una especial significación.

En Costa Rica, el marco ético-jurídico relacionado a la investigación biomédica regula el uso de la investigación biomédica para la investigación científica mediante la Ley N.º 9234; pero no existe una regulación específica en materia de biobancos.

El CONIS, el CEC y el ministro de Salud gestionan las denuncias que se presentan de la sociedad civil y de las diferentes entidades, y se comunica lo conducente al Ministerio Público para que determine si los hechos denunciados están dentro del ámbito de su aplicación o no para promover y ejercer la acción penal.

VIII Bibliografía

Normativa

Zúñiga Morales, Ulises compilador. (Enero de 2020). *Código Penal*. Edición 26, San José, Costa Rica, IJSA.

Ley de Investigación Biomédica N.º 9234. (2014). Recuperada del Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales N.º 8968. (2011). Recuperada de Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Reglamento a la Ley Reguladora de Investigación Biomédica, N.º 39061-S de 2016. Recuperada de Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Revista digital

Alfaro M., Coronado G., y Ramírez E. (2006). *La Declaración de Helsinki: su contexto histórico-doctrinal*. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/filosofia/article/view/7439>

Andruet, A., & Hiruela de Fernández, M. del P. (2012). *El Código de Nuremberg y su vinculación con el consentimiento informado*. Recuperado de <https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/946>

Entrevista

Zúñiga M. (14 abril de 2023). *Comunicación personal*. M. Sc. ingeniero en Biotecnología. Agencia Costarricense de Investigaciones Biomédicas.

López E. (14 de abril de 2023). *Comunicación personal*. Fiscal adjunto del I Circuito Judicial de Guanacaste.

Sitios web

Caja Costarricense de Seguro Social. (2021). *Reglamento de Investigación Biomédica*. Consultado el 30 de abril 2023.

https://vinv.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/reglamento_investigacion_biomedica_de_la_ccss.pdf

Comité Ético Científico. Fundación Inciensa. (2023). Consultado el 15 de abril de 2023. <http://www.funin.org/website/aboutus>

Zúñiga M. y otros. (2021). *Taller internacional sobre biobancos humanos y bases de datos de investigación genética*. Plataforma youtube. Consultado el 4 de abril de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=eZoseUQdphE>
.Casado, María. (2000). *Estudios de bioética y derecho*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch. Consultado el 9 de mayo 2023.

<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/53027/1/250579.pdf>

ISO 2018. *Estándares internacionales para biotecnología, biobancos y requerimientos generales para biobancos y estándares internacionales*. Norma n.º 20387. Consultado el 14 de abril de 2023. <https://www.iso.org/standard/67888.html>

SÍNDROME DEL NIÑO AGREDIDO DESDE UNA PERSPECTIVA MÉDICO LEGAL

Licda. Angie Sánchez Mora.*

RESUMEN

En Costa Rica existe amplia legislación que ampara al menor contra el abuso infantil, sin embargo, los casos de niños agredidos que ingresan a centros hospitalarios costarricenses y el número de casos evaluados en la Sección de Clínica Médico Forense del Poder Judicial, crece año con año. El médico desempeña un papel habilidoso en la valoración clínica a través de la cual se aborda al paciente, en principio con fines terapéuticos y rehabilitatorios, sin embargo, no puede perder de vista el enfoque médico legal que debe dársele al caso para establecer la responsabilidad penal a quien corresponda. Desde la perspectiva médico legal, Calabuig (1999) define el Síndrome de Menor Agredido (S.M.A) como el cuadro clínico caracterizado por los daños agudos o crónicos en la salud de un menor, como consecuencia de una serie de agresiones debidas a trauma físico, psicológico-emocional, que pueden llegar a un estado secuelar en múltiples áreas de la vida, u ocasionarle la muerte.¹ En el presente artículo brinda aspectos de índole médico legal referentes al S.M.A, se pretende definir el problema y brindar algunos datos estadísticos de relevancia y actualidad.

Palabras Clave: Síndrome; niño agredido; lesiones; niño sacudido; medicina legal.

ABSTRACT

In Costa Rica there is extensive legislation that protects minors against child abuse, however the cases of assaulted children who are admitted to Costa Rican hospitals and the number of cases evaluated in the Forensic Medical Clinic Section of the Judiciary grows year after year. The doctor plays a skilful role in the clinical assessment through which the patient is approached, initially for therapeutic and rehabilitative purposes, however, he cannot lose sight of the medical-legal approach that must be given to the case to establish criminal responsibility. To whom it may concern. From a legal medical perspective, Calabuig (1999) defines the Assaulted Minor Syndrome (S.M.A) as the clinical picture characterized by acute or chronic damage to the health of a minor, as a consequence of a series of aggressions due to physical, psychological or -emotional, which can reach a state of sequelae in multiple areas of life, or cause death. In this article, it provides legal medical aspects related to S.M.A, it is intended to define the problem and provide some relevant and current statistical data.

Keywords: Syndrome; assaulted child; injury; shaken child; legal medicine.

Recibido: 14 de junio de 2023

Aprobado:

* Licenciada en Derecho. Universidad de las Ciencias y el Arte de Costa Rica. Correo electrónico: angiedanisanchez@gmail.com

1. Gisberth Calabuig. Medicina legal y toxicología. España: Masson. Quinta ed. 1999: 445-448.

Sumario: 1. Reseña histórica del Síndrome del Menor Agredido: concepto, comité hospitalario del niño agredido. 2. Forma Activa del Síndrome del Menor Agredido: agresión física, agresión sexual, síndrome del niño sacudido, síndrome de Münhausen. 3. Muertes por Síndrome del Niño Agredido. 4. Marco Legal Costarricense. 5. Estadísticas recientes en Costa Rica. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía. 8. Notas al pie de página.

1. Reseña histórica del Síndrome del Menor Agredido

La violencia contra las personas menores de edad, es una de las formas más crueles e inhumanas de atentar contra sus derechos fundamentales supraconstitucionales. La agresión física producida en los pequeños cuerpecitos, además de las secuelas emocionales que dejan en el niño o la niña, son imborrables y van en contra de un sano desarrollo integral. Generalmente la "...agresión infantil es propiciada por los encargados del cuidado de los menores, por sus tutores y en especial por sus progenitores, por lo regular, dichas agresiones consisten en lesiones óseas, cutáneas de tipo equimosis, magulladuras, quemaduras, cuyas explicaciones no son compatibles con el cuadro fáctico presentado por el agresor. Hoy en día es un fenómeno bastante frecuente y que va en aumento en Costa Rica; afecta a niños de todas las edades, pero muy a menudo a niños y niñas entre los cero y cinco años de edad, o sea, en la etapa de su vida de mayor impotencia, agredidos físicamente y en forma brutal por los adultos encargados de su cuidado, o daños

físicos causados por omisión intencional y destinados a lesionar al niño..."²

El síndrome del niño golpeado fue descrito por primera vez en 1860 por Augusto Ambrosio Tardieu, catedrático de Medicina Legal en París, basándose en los hallazgos obtenidos en las autopsias de 32 niños golpeados o quemados hasta producirles la muerte. En 1959 Henry Kempe introdujo en la Sociedad Americana de Pediatría el término "*Battered Child Syndrome*", siendo publicada en 1962 la descripción completa del cuadro, presentando los aspectos pediátricos, psiquiátricos, radiológicos y legales, así como las primeras cifras de incidencia correspondientes a los Estados Unidos (Kempe, 1962). El Dr. Kempe lo describió como una combinación de síntomas físicos que indican que las lesiones internas o externas de un niño resultan de actos cometidos por un padre o tutor. Las situaciones más evidentes se relacionaban con equimosis producidas por fajazos, con otros objetos o golpes directos, las quemaduras, los traumas de cráneo, las fracturas sin historia clara de móvil de ocurrencia y cuadros de enfermedades asociados a formas de castigo.³

0.1 Concepto:

Según la Organización Mundial de la Salud ha definido dicho síndrome como toda forma de maltrato físico y/o emocional, abuso sexual, abandono o trato negligente, explotación comercial o de otro tipo, de la que resulte un daño real o potencial para la salud, la supervivencia, el desarrollo o la dignidad

2. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2010-0775, de las 09:08 horas, del 23 de julio de 2010.

3. Rosario González Brenes. La prevención del abuso físico contra los niños y niñas menores de cinco años de edad. Acta pediátrica costarricense. Vol.15 n.3 San José, enero. 2001.

Recuperado de: https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00902001000300003#7

del niño en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

El Síndrome del Menor Agredido comprende lesiones físicas o mentales, descuido, malos tratos, explotación o abuso sexual, infligidos a un niño por los padres, tutores, responsables de su cuidado o persona que lo tenga a su cargo, como resultado de negligencia o premeditación. El síndrome del niño agredido se caracteriza por las lesiones que se le puedan provocar a un menor de edad, ya sea en forma activa o pasiva. La forma pasiva serían todas las privaciones que se le pueden provocar a un menor, como por ejemplo no brindarle los cuidados necesarios; si está enfermo no llevarlo oportunamente a que lo vea el médico, privarlo de alimentos, básicamente y la forma activa que puede ser debida a castigos físicos. Esto puede ser de una forma aguda en la cual al menor se le propinan castigos o algún tipo de lesión que le vaya a provocar daños en su cuerpo y la forma crónica cuando esto se hace de forma repetida, en diferentes tiempos.⁴

Parte del maltrato infantil se contempla las sacudidas propiciadas en su mayoría por los padres o cuidadores del menor, el perito Dr. Jorge Aguilar Pérez, de la Sección de Patología Forense, explica ampliamente; que “...se le conoce como el “síndrome del niño sacudido” (sic), *que es un síndrome que se manifiesta en una serie de lesiones a nivel del cuerpo del niño, resultado de movimientos de aceleración y desaceleración por lesiones presentes en el cuello de la niña, en donde la cabeza por su peso se va para adelante y hacia atrás con mucha fuerza, generando lesiones en el cráneo del niño,*”

es un niño que se sacude de adelante para atrás sostenido normalmente del tórax, las lesiones que se producen es en el cráneo, la masa encefálica choca con las paredes del cráneo, se rompen los vasos sanguíneos y se produce una serie de hemorragias a nivel de la cabeza...”⁵

0.2 Comité Hospitalario del Niño Agredido:

En Costa Rica la intervención social en los casos de menores agredidos se inició en el Hospital Nacional de Niños a través de la sección de Trabajo Social, desde el año 1964. En el año 1979 se celebró el Año Internacional del Niño, posteriormente surgieron una serie de movimientos sociales de protección hacia los niños y las niñas, lo que promovió para que en 1980 se creara el Comité de Estudio al Niño Agredido del Hospital Nacional de Niños, se inició la atención en forma sistemática, interinstitucional e interdisciplinaria del problema de la agresión contra las personas menores de edad.

Dicho comité funciona de enlace entre el Hospital Nacional de Niños, el Patronato Nacional de la Infancia y el poder Judicial.

Funcionamiento del Comité: Todo paciente que llega al hospital con signos de probable “Síndrome del Niño Agredido” o de víctima de delito sexual es enviado a Servicio de Trabajo Social. Es valorado por los pediatras, preferiblemente por uno que pertenezca al Comité. El personal de salud debe realizar un abordaje inmediato conducente a evitar mayor lesiónología para con el niño o niña del que se ha abusado física o sexualmente,

4. Diccionario usual del Poder Judicial de Costa Rica, 2020.

5. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Dictamen Médico Legal DA: 1803-2003-P-F. Resolución N° 00364 – 2011. San José, a las ocho horas y cuarenta y cinco minutos del ocho de abril del dos mil once.

y para lo cual debe comprender temas tales como: establecimiento de la compatibilidad del mecanismo y fisiopatología del trauma, diagnóstico diferencial y evaluación clínica forense, además de contar con elementos que identifiquen indicadores psicológicos en la dinámica traumatogénica del menor. En la sesión semanal del Comité se presenta toda la información recabada sobre cada caso para su análisis con los demás miembros. La resolución puede consistir en:⁶

1. Denuncia ante el Organismo de Investigación Judicial, si el maltrato es severo o reincidente.
2. Envío a un hogar sustituto, una guardería si hay abandono con el consentimiento del P.A.N.I y para su seguimiento.
3. Solicitud de ayuda al Instituto Mixto de Ayuda Social si prevalece un problema social de fondo.
4. Dejarlo a cargo del Patronato Nacional de la Infancia o del servicio de enfermería del Hospital Nacional de Niños cuando conviene un seguimiento del caso.

Dicho procedimiento se ampara en el procedimiento penal, específicamente en los articulados del Código de la Niñez y la Adolescencia, donde por ejemplo el artículo 134 de dicho cuerpo normativo indica lo siguiente: *“Denuncias penales. Comprobada en sede administrativa la existencia de indicios de maltrato o abuso en perjuicio de una persona menor de edad, la denuncia penal deberá plantearse en forma inmediata. La*

*persona o institución que actúe en protección de los menores, no podrá ser demandada, aun en caso de que el denunciado no resulte condenado en esta sede. Si la persona denunciada tuviere alguna relación directa de cuido o representación con el menor de edad ofendido, se planteará, a la vez, la acción pertinente ante la autoridad judicial de familia.”*⁷

2. Forma Activa del Síndrome del Menor Agredido

2.1 Agresión física:

Es todo tipo de agresión que se lleva a cabo en forma directa en contra de una persona produciéndole lesiones. La agresión física se refiere al acto no accidental en contra de un menor de edad. Desde el punto de vista médico legal lo que interesa son las lesiones que provoquen los traumas en los individuos y el daño que generen. El fenómeno se puede presentar de forma aislada o como maltrato repetido, pudiendo provocar lesiones mortales, el niño víctima de abuso físico puede presentar lesiones recientes o antiguas, una historia clínica detallada de las circunstancias que rodearon a cada episodio es esencial para evaluar la posibilidad de abuso físico o negligencia. El Dr. Paul H. Dworkin⁸ se refiere a ciertos marcadores que pueden orientar hacia la sospecha de abuso agresión:

1- Lesiones o intoxicaciones recurrentes.

6. Jorge Mario Roldan Retana. Comité Hospitalario del Niño Agredido. Especialista en medicina legal. Sección de Clínica Médico Forense. Departamento de Medicina Legal. Poder Judicial de Costa Rica.

7. Poder Legislativo. Código de la niñez y la adolescencia (Ley N ° 7739 del 6 de febrero de 1998). San José, Costa Rica. Biblioteca, consulta 21 de mayo de 2023, <https://cpocampus.org/biblioteca/items/show/23>.

8. Paul Dworkin H. Pediatrics. 2ª ed. Harwal Publishing Co. Pensilvania. 1992.

2- Lesiones desproporcionadas o atípicas para el estado de desarrollo psicomotor del niño, tales como:

a- Contusiones: Los niños pueden ser agredidos en un hecho agudo o en varios durante un periodo larvado, pudiéndose observar contusiones simples o complejas de diferentes tiempos de evolución.

b- Magulladuras por caídas en un niño que no puede escalar. (Ver fotografía No.1)

c- Abrasiones.

d- Equimosis: La equimosis patrón puede ser alargada (golpe con cables o cuerdas) o redondeada cuando se produce con un objeto romo (borde de un palo de escoba); ambas lesiones mostrarán el centro indemne. (ver fotografía no.2)

e- Coágulos.

3- Marcas de lesiones inflingidas: Ejemplo: Marcas compatibles con la hebilla de un cinturón, mecates sujetadores, marcas de estrangulamiento.

4- Lesiones evidentes que usualmente se asocian a agresión física:

a- Escaldaduras o quemaduras.

b- Quemaduras por cigarrillos. (ver fotografía no. 5)

c- Mordeduras.

d- Fracturas: Las fracturas craneales simples y lineales generalmente se deben a caídas de menos de 4 pies de altura, y si bien pueden ser accidentales, deben considerarse sospechosas si son complejas (incluyendo las conminutas, diastásicas, desplazadas y las que cruzan de una línea de sutura a otra).

e- Hemorragia en la retina producida por el “síndrome del niño sacudido”.

f- Hematomas. (ver fotografía no.3)

5- En el cuero cabelludo deberá buscarse la alopecia por arrancamiento.⁹ (ver fotografía no.4)

6- Las petequias (manchas redondas pequeñas que aparecen en la piel como consecuencia del sangrado) en rostro, mucosas e inclusive cuello, deben hacer pensar en un síndrome asfíctico (estrangulamiento, por ejemplo).

Las extremidades presentan usualmente equimosis provocadas por las manos del agresor al sujetarle, dejando incluso las marcas de las manos tanto en antebrazos, brazos o piernas incluso puede llegar a producir fracturas en dichas extremidades.

El cuello y el pecho, presentan daños, especialmente en los niños recién nacidos al ser sujetos con mucha fuerza para sacudirlos con violencia, provocando lesiones en axilas y costillas, llegándoles a provocar fracturas de diversos grados.

9. Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología. Quinta ed. España: Masson. 1999: 445-448

Las contusiones en el abdomen son comunes, normalmente se extienden del pecho al pubis. Usualmente se presentan grandes lesiones internas como ruptura de órganos y sus signos externos que las delatan normalmente son posos.

A nivel de la boca, se explorará el frenillo del labio superior, en busca de herida contusa que sugiere trauma tangencial, como en la bofetada, o un trauma directo; pueden verse excoriaciones en la mucosa bucal, por el intento de introducción de la cuchara en niños hipo o anoréxicos. No está de más la exploración de las piezas dentarias (luxación, fracturas). El trauma ótico por el golpe con manos abiertas contra los pabellones auriculares, puede producir la ruptura de la membrana timpánica. El síndrome del tirón de orejas causa contusiones en el pabellón auricular.¹⁰

2.2 *Agresión sexual:*

Es el acceso carnal o la explotación sexual del niño. El asalto sexual es un crimen de violencia, raramente motivado por el deseo de gratificación sexual, sino más bien por el deseo de tener poder y control. El asalto sexual incluye la violación, el incesto, sodomía, actos lujuriosos y lascivos, penetración de una abertura genital o anal por un objeto extraño, la copulación oral y el tocar de modo sexual al menor de edad.

El abuso sexual en niños consiste en la seducción y uso de un niño para que simule o lleve a cabo conductas de índole sexual, o sea sujeto pasivo de estas, y que se consigue por medio de la violencia, manipulación

o intimidación. No necesita envolver contacto físico; ofensas tales como miradas agresivas, fisgonear, llamadas telefónicas obscenas, rozamientos también son acciones consideradas como abuso sexual.

Algunos indicadores físicos de violación en menores son:

- Ropa interior rota o manchada con sangre.
- En áreas genitales:
 - Presenta picazón, dolor, edemas, lesiones o sangrado.
 - Infecciones urinarias a repetición
 - Dolor al orinar.
 - Enfermedades venéreas.
 - Signos de embarazo.
 - Esfínter anal dilatado, con rupturas.
 - Himen con rupturas o dilataciones.
- Dificultad para caminar.
- Sugilaciones en áreas erógenas.

El Dr. Édgar Alonso Madrigal Ramírez se refiere a la correcta forma de valoración de menores víctimas de agresión sexual, donde refiere: El médico legista para una correcta valoración de violación o según el tipo de abuso sexual denunciado "...deberá explorar las áreas extra y paragenitales y la genital. El examen de la niña se realizará con la paciente en posición "de rana", ginecológica, o sobre los regazos de su madre, con el método de separación o el de tracción de los labios mayores. Debe observarse la vulva completa, detallando las características del himen, la forma de su orificio (semilunar, anular, labiado, cribiforme, imperforado, etc.) y su

10. María R. Violencia, Salud infantojuvenil y calidad de vida. En: Maltrato en el niño. Mc Graw Hill Interamericana, 2001: 43-62.

diámetro. En adolescentes, para determinar si un himen es dilatado o dilatado, se introducen 1 y 2 dedos a través del orificio himenal, dependiendo de las características de distensibilidad del himen, observando si regresa o no a su estado original (dilatado y dilatado, respectivamente). Cuando el paso de un objeto, como lo puede ser el pene adulto erecto, distiende el himen más allá de su límite de elasticidad, produce una ruptura o desgarro de diversas características, dependiendo de la desproporción entre los genitales femeninos y el objeto utilizado. En las niñas menores de seis años el coito es anatómicamente imposible, pues el ángulo subpúbico es muy agudo, lo que constituye una barrera ósea; entre los seis y once años es posible, pero produce ruptura del periné o tabique rectovaginal, y entre los once años y la edad núbil, se puede producir la ruptura del himen. En varones puede observarse eritema o lesiones penianas, como ruptura del frenillo o contusiones simples; en caso de que el menor haya sido sujeto pasivo de penetración por parte de una mujer, es necesario tomar muestras para determinar la presencia de células vaginales en los genitales del menor. Las lesiones en el ano producidas por la penetración del pene erecto u objetos pueden producir excoriaciones, desgarros, fisuras, o no haber lesión alguna, sobre todo si de previo a la introducción del objeto se ha intentado la dilatación gradual del orificio anal. Para la evaluación del ano se recomienda examinar en la posición genopectoral, aunque se puede utilizar la posición mediolateral y completar

el examen usando el tacto anal, para conocer el tono muscular de los esfínteres. También pueden observarse cicatrices, hipotonía y dilatación anales como parte del cuadro...”¹¹

2.3 *Síndrome del niño sacudido:*

Corresponde a un “zarandeo” en el que el menor es agitado de forma violenta en manos del agresor, la cabeza de gran tamaño proporcionalmente al tórax, se moviliza de adelante hacia atrás, produciendo un cuadro caracterizado por hematoma subdural (HS), como consecuencia del desgarro de los vasos “puente” entre el cráneo y el cerebro, asociado a edema, hemorragias retinianas (HR), fracturas costales y en ocasiones fractura de metáfisis. Tiene una mortalidad aproximada del 30%. Puede asociarse a este mecanismo el impacto de la cabeza contra una superficie dura, y sus consecuentes lesiones craneoencefálicas. Este tipo de síndrome suele manifestarse en menores de dos años, pero se ha detectado en niños mayores.¹² El síndrome puede cursar con vómito, alteración del estado de conciencia, irritabilidad, dificultad para alimentarse, coma, convulsiones, dificultad respiratoria y estado de shock; también se ha observado la presencia de fiebre, fontanela prominente (acumulación de líquido en el cerebro o este se hincha, causando aumento de la presión intracraneal) asociada a paresia o hiperreflexia. Deben excluirse otras causas como: infección, intoxicación, trastornos metabólicos, etc.

11. Édgar Alonso Madrigal Ramírez. Aspectos médico legales del síndrome del menor agredido. Acta médica costarricense vol.52 n.4. On-line version ISSN 0001-6002Print version ISSN 0001-6012. San José. 2010.

12. Shalehi-Had H, Brand J, Rosas A, et al. Findings in older children with abusive head injury: Dos shaken child syndrome exist. Pediatrics 2006; 117: 1039-1044.

Ejemplo Jurisprudencial: Sala Tercera de la Corte. Resolución N° 00395 – 2011.

Delito: Homicidio Calificado.

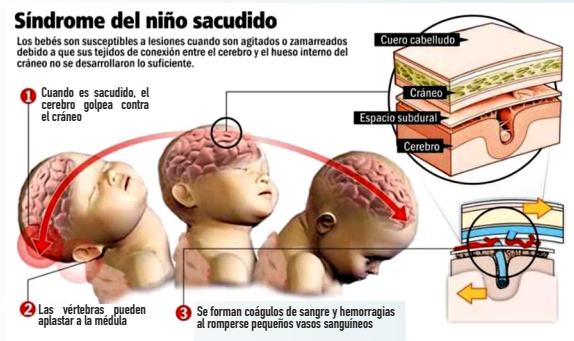
“... se determina por la profesional forense que el mecanismo de hemorragia cerebral que presentó la niña, solo es compatible y explicable con el síndrome de sacudida que por tanto, las demás versiones dadas por los progenitores, no son concordantes con los resultados lesivos en el ojo derecho y en el cerebro de la menor y que específicamente la causa de muerte que presentó la niña, que tal y como se determina en la autopsia constituye una forma de muerte homicida desde el punto de vista médico legal...”

A lo largo de su impugnación los recurrentes insisten en que la niña sufrió las lesiones detectadas porque fue producto de un parto complicado, en el cual se utilizó la maniobra de y fórceps. Lo anterior fue descartado mediante prueba técnica, pero sobre todo, porque no se demostró que la muerte de la niña ocurriera por causas accidentales.

Sin duda alguna, el a quo determinó que la causa de muerte de la ofendida es el resultado del Síndrome del Niño Sacudido, que le generó hematoma subdural, lo que evidenció los traumatismos en el cráneo que presentó la ofendida en la autopsia la cual indicó: “*Traumatismo en la cabeza con: Hematoma de cuero cabelludo escaso biparietal, hematoma subdural subagudo con hemorragia reciente y hemorragia de los nervios ópticos*”. Tanto la Médico Forense que atendió en vida a la menor ofendida, como la patóloga forense que practicó la autopsia arribaron a la conclusión que la menor presentaba un edema cerebral difuso, así como hemorragias intraretinianas del ojo derecho producto del síndrome del menor sacudido y que constituyeron la

causa de muerte de la menor ofendida. A lo anterior, se suman los múltiples callos óseos que en costillas posteriores y clavícula mismas compatibles con el síndrome del niño agredido. Además, la menor de edad presentaba equimosis recientes en miembros superiores e inferiores, lo que evidencia, sin lugar a dudas, que la niña fue víctima de agresiones reiteradas por parte de sus padres que culminaron en su muerte.

Sin duda alguna, las lesiones que sufrió la menor de edad, de escaso un mes de nacida, demuestran que ambos justiciables tuvieron participación activa, ya sea por no evitar las lesiones o por contribuir a causarlas, bien porque realizaron la sacudida de la bebé, o porque la menor de edad era sacudida y ellos omitieron ejercer su posición de garantes para que la niña no perdiera la vida, es decir, su conducta es dolosa por un hacer o un no hacer, que provocó la muerte a su hija.



Fotografía No. 6:

Ejemplo de Síndrome de menor sacudido.

2.4 Síndrome de Münhausen:

Surge cuando los padres provocan o inventan síntomas en los hijos que llevan al médico a someter a estos “enfermos” a estudios e investigaciones inútiles, con el riesgo que esto conlleva. Este síndrome suele afectar a niños menores de seis años. Los padres falsifican

la historia y pueden lesionar al menor con fármacos, añadir sangre o contaminantes bacterianos a muestras de orina para simular una enfermedad.

Su existencia debe ser considerada cuando se den alguna de las siguientes situaciones: *a) enfermedad persistente y recidivante inexplicable; b) los signos clínicos y exámenes complementarios «no encajan» con el estado de salud del niño; c) síntomas que desconciertan al pediatra más experimentado; d) desaparición de los síntomas cuando el niño se separa de su ambiente familiar; y e) madre que rehúsa separarse del niño y que suele estar poco preocupada, a pesar de la «aparatosidad» de la sintomatología y de la falta de un diagnóstico concreto.*

3. Muertes por Síndrome del Niño Agredido



Fotografía No.6: Noticias CR hoy.com 24/7. Jasón Ureña. 19 de mayo de 2023.

Cada vez son más frecuentes estas noticias en nuestro país. Cabe anotar que los casos de homicidio en menores de tres años, son en su gran mayoría consecuencia del síndrome del menor agredido, perpetrado por parientes o encargados. En la fotografía No.1 se observa una noticia muy reciente en los medios de comunicación costarricense, donde un padre le provoca la muerte a su hijo, de tan solo dos meses de edad propiciándole golpes

con sus puños. Es un claro ejemplo del síndrome del Niño Agredido, cabe resaltar que el infanticidio que es «la muerte dada violentamente a algún niño o infante» es la máxima expresión del maltrato a los menores de edad. En Costa Rica las muertes traumáticas en menores de 5 años son la segunda causa de muerte para este grupo etario después de las malformaciones congénitas y no existen estudios poblacionales en donde se trate de caracterizar la muerte por causas externas en los niños. Con respecto al lugar de fallecimiento, abrumadoramente predomina el sitio de la agresión final, que en la mayoría de los casos es la vivienda familiar. En segundo los menores fallecen en el Hospital, a consecuencia de complicaciones derivadas de la agresión letal. Lo que no deja en duda que es un tipo de agresión doméstica pero más extrema de todas, la desproporcionada hacia un ser indefenso y en la mayoría de los casos el agresor es un familiar directo.

Montoya Salas; 2013, refiere que desde la óptica médico legal, resulta relevante para los fines de investigación, que el perito forense al momento de realizar la autopsia médico legal (la que tiene un primer momento en el lugar donde se efectúa el levantamiento del cuerpo), efectúe búsqueda de una serie de traumatismos que son resultado de muchos de los indicadores y tipos de maltratos antes indicados, entre otros, destaca la búsqueda de las siguientes lesiones:

- **Trauma craneoencefálico (causa más frecuente de muerte en menores):** Producidos por objetos que pueden ser obtusos o agudos y tienen como resultado contusiones y hemorragias, y secundariamente edema cerebral, lo cual conlleva al aumento de la presión a lo interno del cráneo.

- **Trauma en zona de cuero cabelludo:** Importa en la exploración médica el localizar alopecia por arrancamiento y el signo de la bandera en desnutrición, decoloración de cabello castaño rojizo.
- **Ojos:** Lesión en párpados, conjuntiva, órbita, equimosis palpebrales, hemorragias y quemosis conjuntival, laceraciones y quemaduras en región peri orbitaria. De igual forma el patólogo forense, podrá observar hemorragias en retina y vítreo, rotura del iris, recesión angular, glaucoma.
- **Piel y mucosas:** Resulta frecuente localizar lesiones en la piel y mucosas con los hematomas, seguidas por los desgarros y arañazos.
- **Boca:** Tal vez uno de los rasgos más frecuentes en las agresiones mortales en perjuicio de menores, al interior de la cavidad bucal de las víctimas, regularmente se generan traumas tales como laceraciones, quemaduras, infecciones orales o afectaciones en tejidos duros dentarios y óseos. Conteo y exploración de piezas dentarias, su evolución o pérdida de estas.
- **A nivel de oído:** Se generan lesiones a nivel auricular, esto por el golpe con manos abiertas contra los pabellones auriculares, siendo que esto produce ruptura de la membrana timpánica, y pueden observarse contusiones en el pabellón auricular.
- **Miembros superiores e inferiores:** En los miembros superiores suele observarse contusiones simples

diversas y mordeduras, quemaduras, fracturas.

Otro elemento importante que se determina en la autopsia en morgue es la depleción de grasa, no sólo en el tejido celular subcutáneo, sino también en los depósitos internos, sea el estómago y el intestino, pues es común en los casos de niños que sufren este agravio establecer que estos no contuvieran ningún alimento recientemente ingerido, o bien escasa cantidad.¹³

4. Marco Legal Costarricense

El Reglamento para los Comités de Estudio del Niño, Niña y Adolescente Agredido, Decreto Ejecutivo número 30007 (publicado en el Diario Oficial La Gaceta del 7 de diciembre del 2001)¹⁴, se considera abuso: “Toda acción u omisión producto del uso de poder, ejercida contra una persona desde su concepción hasta los 18 años, que perjudique su integridad física, psicológica, sexual, espiritual o patrimonial, violentando su derecho al pleno desarrollo...”. Como se señala, una persona ejerce poder contra otra que se encuentra en desventaja, lo que contribuye según Treguear (2001), a: lesionar los afectos, devaluar a la persona, debilitar su autoestima, degradar la dignidad, impedir su desarrollo personal, limitar sus capacidades y autonomía, producir dolor, frustración, enojo, tristeza y temor. En el caso de los niños, niñas y adolescentes, el riesgo aumenta por su general dependencia afectiva, legal y económica hacia padres, responsables o encargados legales.¹⁵

-
13. Montoya Salas, K. Y. (2013). Síndrome de Niño (a) Agredido (a) Principales Causas de Muerte asociadas a Síndrome de Niño Agredido, ocurridas a Niños de cero a doce años, que ingresaron a la Sección de Patología Forense del Departamento de Medicina Legal. San José
 14. Diario Oficial La Gaceta. Decreto Ejecutivo 30007 publicado el 07-12-01. Reglamento para los Comités de Estudio del Niño, Niña y Adolescente Agredido. San José, Costa Rica.
 15. Tatiana Treguear. Abuso infantil: Algunos aspectos conceptuales. Fundación PROCAL. Costa Rica. (2001).

Nuestra Constitución Política, protege al menor y a la vida, en dos de sus artículos fundamentan la base legal de este tema de estudio.

Artículo 21: La vida humana es inviolable.

Artículo 51: La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.

El Síndrome del Menor agredido No se encuentra específicamente tipificado en el código penal costarricense como tal, sino que resulta ser un diagnóstico médico legal, que puede encuadrarse en delitos diferentes, según sea el resultado de la acción efectuada

por el agresor. En su mayoría corresponde a delitos de homicidio, violación y lesiones, tomando en cuenta para la penalidad los agravantes y atenuantes respectivos.¹⁶ En Costa Rica, se han suscrito y ratificado convenciones internacionales en la materia y se han creado y reformado leyes en función de proteger a nuestra niñez y adolescencia de la violencia en general. En los diferentes tipos penales relacionados a delitos contra personas menores de edad se establecieron agravantes por tratarse de un ofendido menor de edad por ejemplo en el caso del Homicidio por ser la víctima menor de doce años será considerado Homicidio calificado con una pena de veinte a treinta y cinco años de prisión. De igual manera, por ser la víctima menor de edad en los delitos de lesiones leves, graves y gravísimas se aumenta la pena tal como lo establece el artículo 126 del código penal.

4.1 Delitos vrs Forma activa o pasiva del Síndrome del Menor Agredido

- | | | |
|--|---|---------------------------|
| a) Homicidio | } | Forma activa del síndrome |
| b) Lesiones | | |
| c) Violación | | |
| d) Abuso sexual contra persona menor de edad | | |
| e) Abandono de personas | } | Forma pasiva del síndrome |
| f) Contravenciones | | |

4.2 Prueba en proceso penal:

En este tipo de casos (síndrome del niño agredido) la prueba resulta escasa, pues se trata de abusos físicos perpetrados en el seno familiar, donde los agresores tienen a buen recaudo el exponerse a la mirada de terceros. Aunado a lo anterior, la situación se complica

porque el delito no se consuma a partir de un acto preciso y determinado, sino que ello se consigue a consecuencia de una serie de acciones que se van ejecutando y prolongando en cierto espacio de tiempo, todas las cuales pueden progresivamente ir dejando lesiones

16. Cyrus Alonso, Alpizar Barquero. El Síndrome del Niño Agredido desde el punto de vista médico legal. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en derecho de la Universidad de Costa Rica. 1985.

y secuelas que al final de cuentas contribuyen (unas en mayor grado que otras) a la producción del resultado. (Sala Tercera. Voto 886-2003, de las 9:55 horas, del 3 de octubre de 2003).

En los delitos de violación y abuso sexual son de mucha importancia los peritajes médico legales (clínico forenses, psiquiátricos y psicológicos clínico forenses) para el establecimiento de lesiones físicas, secuelas emocionales de las víctimas o en la valoración de la credibilidad de las mismas. En estos casos es importante tomar en cuenta el contexto en que se da la denuncia, (en casos de divorcios o custodia) como causa de denuncias falsas de abuso sexual infantil así como otras causas de denuncias falsas), se debe tomar en cuenta también la cantidad de evaluaciones a las que ha sido sometida la posible víctima por la probabilidad de contaminación del relato, o la manipulación de la historia por parte de uno de los progenitores influenciando al/la menor contra el otro progenitor.

5. Estadísticas recientes en Costa Rica

El director en ejercicio del Hospital Nacional de Niños, Carlos Jiménez, refirió que en los últimos 15 años los casos de violencia contra personas menores de edad han aumentado, según las estadísticas del centro de salud. Como se puede observar las cifras van de forma ascendente (ver fotografía no.7) "... Pasamos de atender 2 a 2,5 pacientes por día, alrededor del año 2005, hasta llegar a cifras en 2018 de más de 6,5 pacientes por día...". Según el registro del centro hospitalario, en los primeros 10 meses del año 2020,

recibieron un total de 980 víctimas de algún tipo de violencia infantil, de los cuales, el 73% tienen como origen la negligencia, el 8.5% el abuso sexual, un 6.7% el abuso físico y un 4% el abandono.¹⁷

Datos del Ministerio Público revelan que las denuncias en el 2014 fueron de 666 casos, en el 2015 de 974, en el 2016 de 1.349 casos, en el 2017 de 1.673, en el 2018 de 1.782 y en el 2019 de 1.853, lo que representa un aumento sostenido. Estas cifras no incluyen los delitos de tipo sexual. En el 2020, el total de causas ingresadas donde la víctima es una persona menor de edad es de 7.060, de ellos un 54,2 % es por delitos sexuales y un 45,2 % por agresiones, sustracciones, entre otros. Además, en el 2014 los homicidios de menores de edad sumaron un total de 10 casos, mientras que en los primeros nueve meses del 2020 la cifra alcanza los 21.¹⁸

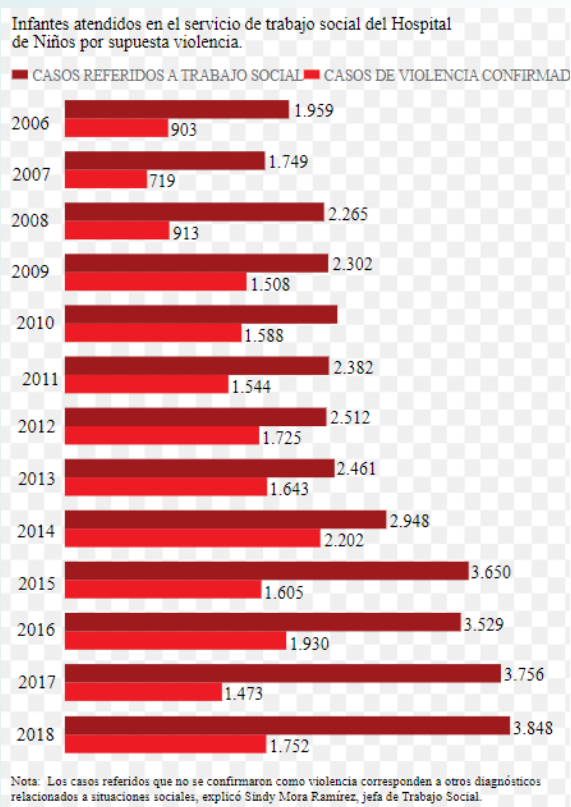
Considerando el aumento en casos de las cifras supra indicadas, es importante acotar que en el año 2020 se alcanza la mayor cantidad de homicidios de menores de edad en nuestro país, coincide justamente cuando inició cierre de escuelas y establecimientos por el tema de la pandemia por COVID-19, es decir, dicho aumento coincide cuando los niños no asistían a la escuela y estaban en su mayoría en casa con sus padres o cuidadores, esto coincide sin duda alguna con el concepto del síndrome del Menor Agredido donde claramente se hizo hincapié en que es propiciado por los padres del menor, sus tutores o cuidadores. Es preocupante el incremento de casos, demuestra que muchos padres pierden la cordura, no les tienen paciencia a sus hijos,

17. Carlos Jiménez, subdirector general del Hospital Nacional de Niños. Victoria Fuentes, voz de la campaña YO DENUNCIO. Conducido por: Daniel Quesada Artavia, periodista de la Oficina de Prensa del Ministerio Público. 16 de noviembre del 2020.

18. María José Brenes. Violencia infantil aumenta de forma sostenida y preocupante en Costa Rica. La Vanguardia. San José, 8 dic.

no saben cómo lidiar con sus hijos en casa, y desgraciadamente acuden a la violencia física para desahogar sus frustraciones. Otro tipo de padres incluso utilizan la violencia como signo de poder sobre sus hijos, creyendo que ellos le pertenecen y pueden hacer lo que quieran con ellos.

Como limitación del presente artículo fue no contar con estadísticas del reciente año o el anterior por temas de privacidad, pero se contó con estadísticas generales de medios de comunicación costarricenses, por ejemplo:



Fotografía No.7: Fernanda Matarrita Chaves. Periódico La Nación. Revista Dominicana. 11 de agosto 2019.

A partir de información publicada por el Hospital Nacional de Niños se logra corroborar que las cifras de niños atendidos en dicha institución con diagnóstico del Síndrome del Menor agredido va en aumento, asciende considerablemente. Se podría decir que en cuestión de 5 años (del año 2006 al 2011) los casos prácticamente se duplicaron pasaron de 903 a 1544; definitivamente son cifras preocupantes que se deben abordar en la población costarricense. (Ver fotografía No.8)

TABLA 1		
HOSPITAL NACIONAL DE NIÑOS		
AÑO	CASOS DE AGRESIÓN:	%
2006	903	12,5853659
2007	719	10,0209059
2008	913	12,7247387
2009	1508	21,0174216
2010	1588	22,1324042
2011	1544	21,5191638
TOTAL	7175	100

Fotografía No.8: Elaboración propia a partir de las estadísticas publicadas por: <http://www.hnn.sa.cr>

En la siguiente tabla (Ver fotografía no. 9) se logra apreciar que la mayor cantidad de delitos perpetrados a menores de edad son efectuados por el padre del menor, en segundo y tercer lugar de manera muy pareja está la madre y el padrastro, se logra descartar lo que comúnmente se piensa a raíz de nuestra cultura donde los padrastros son los más señalados como agresores, violadores u homicidas en este tipo de delitos.

TABLA N° 10: FAMILIAR RESPONSABLE DE LAS MUERTES POR AGRESIÓN INFANTIL

Agresor	Casos	Porcentaje
Padre	15	26,78%
Padrastro	4	7,15%
Madre	4	7,15%
No se especifica	33	58,92%
Total	56	100,00%

Fotografía No.9: Fuente: Sección de Patología Forense, Departamento de Medicina Legal, Costa Rica, 2012.

6. Conclusiones

Se debe tener presente que sólo de un 10 a un 20 % de los casos de maltrato infantil salen a la luz, hay una enorme cifra negra en nuestra realidad costarricense, ya que afortunadamente muy pocos de ellos van a terminar con la vida del menor agredido. Muchos de los casos son detectados por docentes hasta que los menores ingresan a un centro educativo ya que son evidentes los signos de abuso, pero aun así muy pocos de ellos son denunciados al Patronato Nacional de la Infancia y se realiza el correspondiente proceso judicial.

De ser que exista la sospecha de Síndrome del Menor Agredido, es necesario el análisis de los criterios de Brown¹⁹ (menor de corta edad con algún tratamiento, menor con historia de traumatismos múltiples, menor con múltiples cicatrices y menor cuyos traumatismos no tengan relación con la historia descrita (por discrepancias con el número de lesiones,

por el mecanismo de producción, por la gravedad de la lesión o por un relato familiar con contraindicaciones)) y/o la triada de Silverman²⁰ (presencia de fracturas de distinto tiempo de evolución, fracturas con defectos en la consolidación por falta de tratamiento médico y los desprendimientos metafisiarios).

Los profesionales en salud y docencia en especial; deben estar alerta para detectar y activar los protocolos establecidos en caso de sospecha de maltrato infantil de cualquier índole. Darle el sentido de urgencia y la importancia que merece este tipo de situaciones que requieren de actuaciones rápidas por parte de dichos profesionales. Siendo tan amplia la magnitud del este fenómeno es necesaria la investigación desde un enfoque multidisciplinario y posteriormente interinstitucional, involucrando a los entes públicos que deben velar por la tutela de los derechos así como el posterior tratamiento del menor agredido. La prevención del maltrato infantil es tarea de todos. Es necesario promover en las comunidades un sentido de solidaridad humana, para evitar el maltrato infantil. Preocuparnos por los hijos de nuestros vecinos si se percibe llantos, gritos o actitudes sospechosas en los infantes, ser más humanos y sensibilizarnos con nuestros vecinos llamar, denunciar sin miedo a “buscarse problemas con los demás” los niños necesitan que se esté alerta en todo momento.

En la mayoría de los casos de muerte de menores bajo la modalidad de niño agredido, los padres o responsables de su cuidado se encuentran presentes en el lugar donde

19. Eduardo Vargas Alvarado. Medicina forense y deontología médica. México: Trillas, 1991: 632-640.

20. Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología. Quinta ed. España: Masson. 1999: 445-448.

se realiza el levantamiento de cadáver, regularmente es la casa de habitación del menor fallecido; incluso en muchos casos son los mismos homicidas quienes dan aviso a las autoridades judiciales sobre la muerte del niño; y es usual que estos, muestren suplicio por la muerte de su descendiente, tal y como sucede en cualquier otro escenario de muerte; aspecto que ya representa un problema para la investigación que inicia, ya que tal reacción emocional tiende a confundir la psicología de las autoridades que allí se encuentran; ya que el pensar de una persona promedio, entenderá que los papás de cualquier infante, están llamados a brindar el cuidado necesario y oportuno a su hijo. De ahí es de suma importancia la participación del perito forense durante la etapa de investigación, en casos donde la víctima es una persona menor de edad, y este sufrió del Síndrome de Niño Agredido, su participación es fundamental ya que es una pieza dentro del proceso acusatorio que aporta información objetiva durante el juicio oral, brindando al juzgador datos veraces, que pueden ser cuestionados por las partes procesales y formular su teoría del caso correspondiente. Uno de los papeles de estos peritos forenses, es como patólogo judicial, que resulta de suprema importancia en los casos de muerte violenta de menores de edad, en donde existió Síndrome del Niño Agredido, pues, son quienes efectúan la respectiva autopsia médico legal, para determinar la causa y manera de muerte, además los mecanismos que conllevaron a esta.

7. Referencias bibliográficas

Alpizar Barquero, C. *El Síndrome del Niño Agredido desde el punto de vista médico legal*. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en derecho de la Universidad de Costa Rica. 1985.

Brenes, J.M. *Violencia infantil aumenta de forma sostenida y preocupante en Costa Rica*. La Vanguardia. San José, 8 dic.

Calabuig G. *Medicina legal y toxicología*. España: Masson. Quinta ed. 1999.

Dworkin H. Paul. *Pediatrics*. 2ª ed. Harwal Publishing Co. Pensilvania. 1992.

Diccionario usual del Poder Judicial de Costa Rica, 2020.

González Brenes R. *La prevención del abuso físico contra los niños y niñas menores de cinco años de edad*. Acta pediátrica costarricense. Vol.15 n.3 San José, enero. 2001. Recuperado de: https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00902001000300003#7

Jiménez, C. Subdirector general del Hospital Nacional de Niños. Victoria Fuentes, voz de la campaña YO DENUNCIO. Conducido por: Daniel Quesada Artavia, periodista de la Oficina de Prensa del Ministerio Público. 16 de noviembre del 2020.

Madrigal Ramírez. E. *Aspectos médicos legales del síndrome del menor agredido*. Acta médica costarricense. Vol.52 n.4. On-line version ISSN 0001-6002 Print version ISSN 0001-6012. San José. 2010.

María R. *Violencia, Salud infantojuvenil y calidad de vida*. En: Maltrato en el niño. Mc Graw Hill Interamericana, 2001: 43-62.

Montoya Salas, K. Y. (2013). Síndrome de Niño (a) Agredido (a) Principales Causas de Muerte asociadas a Síndrome de Niño Agredido, ocurridas a Niños de cero a doce

años, que ingresaron a la Sección de Patología Forense del Departamento de Medicina Legal. San José.

Poder Legislativo. *Código de la niñez y la adolescencia (Ley N° 7739 del 6 de febrero de 1998)*. San José, Costa Rica. Biblioteca, consulta 21 de mayo de 2023, <https://cpocampus.org/biblioteca/items/show/23>.

Roldan Retana. J. Comité Hospitalario del Niño Agredido. Especialista en medicina legal. Sección de Clínica Médico Forense. Departamento de Medicina Legal. Poder Judicial de Costa Rica.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2010-0775, de las 09:08 horas, del 23 de julio de 2010.

Sala Tercera de la Corte. Resolución N° 00395 – 201 Fecha de la Resolución: 12 de Abril del 2011 a las 16:45.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Dictamen Médico Legal DA: 1803-2003-P-F. Resolución N° 00364 – 2011. San José, a las ocho horas y cuarenta y cinco minutos del ocho de abril del dos mil once

Shalehi-Had H, Brand J, Rosas A, et al. Findings in older children with abusive head injury: *Dos shaken child syndrome exist*. Pediatrics 2006; 117: 1039-1044.

Treguear, Tatiana. *Abuso infantil: Algunos aspectos conceptuales*. Fundación PROCAL. Costa Rica. (2001).

Vargas E. Medicina forense y deontología médica. México: Trillas, 1991.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Dr. Gilberto Guerrero-Quintero*

RESUMEN

Se analiza el contrato de maternidad subrogada o de gestación por sustitución, como contrato oneroso, a veces gratuito, de origen unilateral como contrato de adhesión continente de cláusulas predispuestas, de contenido ilícito, absolutamente nulo de pleno derecho, inejecutable, por la violación de normas de orden público absoluto dispuestas por el legislador en interés superior de la mujer como persona humana y su dignidad, de la familia y la sociedad.

Palabras clave: contrato, maternidad subrogada, nulidad de pleno derecho, orden público, dignidad humana, inejecución, daños y perjuicios.

ABSOLUTE NULLITY OF THE GESTATION CONTRACT BY SUBSTITUTION OR SURROGATED MATERNITY

ABSTRACT

The gestational surrogacy agreement is analyzed and its categories, including situations where parties are compensated or not, its provisions are freely negotiated or a simple adherence is imposed. A relevant portion of this research is devoted to address concerns on its validity, illicit provisions, public order, non-enforceability, and mandatory statutes protecting the best interests of women (as human beings) their dignity, family and the society.

Keywords: gestational surrogacy, nullity, public order, human dignity, non-enforceability, damages.

Recibido: 15 de marzo de 2023

Aprobado: 22 de agosto de 2023

* Doctor en Derecho por la Universidad de Los Andes, profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, exmagistrado suplente de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, exintegrante de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia para el ingreso y ascenso en el Poder Judicial y miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Reside en Costa Rica y adquirió la ciudadanía costarricense. Correo electrónico: guerquin1@gmail.com

SUMARIO: I. Motivación introductoria. – II. Maternidad subrogada. - 2.1. La maternidad. - 2.2. Maternidad por sustitución o subrogada. - III. Autonomía de la voluntad privada y contrato de maternidad subrogada. - 3.1. Autonomía de la voluntad privada y contrato. – 3.2. El contrato. – 3.3. ¿Qué tipo contractual es la maternidad sustituida? – IV. El contrato del centro o servicio autorizado. – 4.1. Formación y ejecución del contrato. – 4.2. Contenido del contrato. – 4.3. El contrato de adhesión. – 4.4. Contrato oneroso y contrato gratuito. – 4.5. ¿Cuánto cobra un sustituto? V. Nulidad absoluta del contrato de maternidad subrogada. – 5.1. El orden público y el contrato. – 5.2. Nulidad absoluta del contrato y normas de orden público. – 5.3. Consecuencias de la nulidad. – VI. Conclusiones. - VII. Bibliografía.

I. Motivación introductoria

Tal y como se deduce del título de este trabajo, nos referimos a la maternidad subrogada o gestación por sustitución¹ como contrato nominado, según las reglas del país que la admiten o innominado en aquellos que no lo han regulado. Se requiere el cumplimiento de determinados requisitos de validez, tales como el consentimiento, la capacidad y de “un contenido lícito y cierto”, si no se quiere hablar de objeto y de causa del contrato, tal como ha ocurrido en el Código Civil francés reformado en el 2016, en donde se sustituyen estos dos conceptos por “un contenido lícito

y cierto” tal y como así consta en el artículo 1128: “Para la validez de un contrato son necesarios: 1° El consentimiento de las partes; 2° Su capacidad para contratar; 3° Un contenido lícito y cierto”².

A propósito de “un contenido lícito y cierto”, en los países que no admiten el objeto ni la causa del contrato dentro de esos requisitos, el objeto y la causa del contrato subyacen subrepticamente en el contenido de este sin que puedan ser definitivamente eliminados.

En la doctrina, algunos autores niegan la maternidad subrogada como contrato, señalando que simplemente surge del consentimiento. No obstante, el solo consentimiento de nada vale porque cuando la voluntad se exterioriza y con el consentimiento se acepta la oferta emitida por el centro o el servicio autorizado, y para la implantación intrauterina del embrión fecundado, el apareamiento del contrato es innegable más aún cuando se requiere su materialización formal o solemne.

Desde la perspectiva anterior, el problema reside en que tanto el objeto como la causa del contrato *in commento* se refieren, sin ninguna duda, a la utilización autorizada por contrato del cuerpo de la mujer, en cuya hipótesis, tanto el objeto como la causa y, en todo caso, el contenido del contrato son contrarios al orden público como veremos *infra*.

-
- 1 En el mercado de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, se afirma y defiende que la gestación subrogada o gestación por sustitución es mal llamada *maternidad subrogada*, *maternidad suplente*, *vientre de alquiler* o *vientre sustituto*. Es una técnica de reproducción asistida por la que una mujer accede a gestar el hijo de otra persona, y a la mujer que dona su capacidad de gestar se le llama *gestante* o *gestante subrogada*. Asimismo, existe literatura donde se emplean conceptos erróneos como *madre sustituta*, *madre subrogada*, *madre de alquiler* o *madre suplente*. A los futuros padres, por su parte, se les denomina padres comitentes o padres intencionales. Obviamente, se trata de encubrir la verdad fáctica.
 - 2 Orden n.º 2016-131 del 10 de febrero de 2016 por la que se reforman el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones. Por Ley 2018-287 de 20 de abril, se ratifica esta ordenanza. Puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr>

Si el objeto de la obligación es la prestación, esta puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer. Disentimos del criterio según el cual el embrión es una cosa mueble, el útero de la mujer una cosa con la que se puede comerciar, y que su utilización tiene carácter lícito cuando no está prohibida, pues el cuerpo humano no es objeto o cosa y está fuera del comercio. Por esto, es ilegal que la mujer se obligue a entregar a su hijo o hija, lo que sería la “prestación” a la que ella se obliga.

Tratándose de la causa del contrato de maternidad subrogada, aun ante la pluralidad de conceptos que sobre la causa del contrato han sido aportados por la doctrina a través de la historia del derecho civil, sin que haya acuerdo unánime (ni lo habrá) sobre qué es o en qué consiste la causa, ante la opacidad y ambigüedad de este vocablo³; de manera grácil pongámosle este mote: “*el motivo o fin inmediato de las partes*”.

El oferente del contrato (centro o servicio autorizado para la implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer), su motivo o fin son un precio porque el tratamiento no es obra de “caridad”, y la mujer que llevará la maduración fetal durante nueve meses y hasta el parto es obvio que también cobra por madurar el feto en su vientre.

Este hecho se oculta o simula muchas veces con la “gratuidad”. Excepcionalmente, la gratuidad existe cuando especialmente, v. gr., la gestante es de la familia. Cuando el contrato de gestación subrogada se otorga entre los contratantes o padres intencionados y la mujer gestante, aquellos adquieren un

niño o una niña a cambio de un precio y, en esta hipótesis, el motivo o fin es ilícito, es decir, está ausente la causa justa o lícita (v. art. 626.3 CC). Por esta razón, el contrato adolece de nulidad absoluta o es inexistente, al faltar este requisito esencial para su existencia (v. art. 835.1 *eiusdem*).

En secuencia de lo anteriormente apuntado, en la resolución n.º 00943 – 2022 del 5 de mayo de 2022, en el expediente 13-002477-1027-CA, la Sala Primera de la Corte ha considerado recientemente la temática, desde la perspectiva de la *ilegitimidad de la maternidad subrogada*:

“X) [...] el interés de los actores, es parcialmente ilegítimo, habida cuenta que si bien es cierto a tenor de la sentencia del año 2012 de la CIDH, existe un derecho de las personas con problemas de fertilidad de acceder a la técnica FIV, también es cierto que no es legítimo de conformidad con el ordenamiento, realizar un convenio de gestación subrogada, por más que no [sic] haga a título oneroso, como no se demostró que se haya realizado en este caso. Se considera que si bien el fin de construir una familia es legítimo, el medio propuesto en este caso (la gestación subrogada), no lo es y no cabe indemnizar en esas condiciones [...]”.

Obviamente, la Corte no se está refiriendo a la nulidad de la maternidad subrogada,

3 Sobre la temática, nuestro libro (2022). *El objeto y la causa como requisitos de validez del contrato. ¿Una discusión interminable?* San José, Costa Rica: Ed. Investigaciones Jurídicas, 376 pp.

sino a la ilegitimidad de esta, ilegitimidad no tanto porque este tipo de maternidad no está de acuerdo con la razón o con lo que se considera justo o razonable, sino más bien porque la maternidad subrogada no se establece de acuerdo con la ley o el derecho, y esto podría denotar la procedencia de la nulidad del contrato.

II. Maternidad subrogada

2.1. La maternidad

Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la maternidad es el “Hecho jurídico relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones”. Es un hecho jurídico como acontecimiento humano que vincula el derecho objetivo a la producción de efectos en cuanto a derechos y obligaciones, más aún cuando se trata de la persona humana dotada de dignidad.

Así, el hecho de la maternidad hace madre a una mujer y comprende variados aspectos, tales como biológicos, morales, sociales, psicológicos, espirituales, y todos estos están inexorablemente relacionados entre sí. Allí asoman algunos aspectos que se dan de forma espontánea, y otros en donde hay voluntad y deseo de contribuir o de ayudar al proceso, así como se practican varias cualidades para el buen fin de la gestación.

El útero o matriz es el órgano de la gestación y es el mayor de los órganos del aparato reproductor femenino. Si no hay útero o

matriz, no hay maternidad, pues la función del útero es recibir y alojar el producto de la fecundación durante su desarrollo. En este contexto⁴, por *procreación* se entiende aquel comportamiento humano que pone las condiciones biológicas necesarias para posibilitar la concepción de un nuevo ser humano, y este término se contrapone a *producción* (fabricación o transformación de una cosa) y a *reproducción* (fabricación o generación de un ejemplar idéntico o de una copia).

La persona no es ni una cosa ni una simple copia representativa de su especie: cada individuo humano es un ser único, irrepetible e insustituible. La procreación obedece a una lógica proporcionada a la persona, como es la lógica de la benevolencia (querer gratuitamente el bien para otro), la lógica de la donación incondicionada. Producción y reproducción tienen también su lógica, pero no es la de la benevolencia, es la lógica de la productividad, la de obtener resultados satisfactorios para quien la pone por obra (aunque no solo para él).

Ante el avance de las tecnologías, la maternidad ha venido adoptando profundos cambios y uno de estos es el apareamiento de la maternidad subrogada, en la cual intervienen dos mujeres que pueden creer que son madres de un o una bebé. Y esto plantea la determinación de si estas dos mujeres son las madres del o de la bebé, o solamente una de ellas es la aportante del óvulo (maternidad genética) o la gestante que da a luz (maternidad biológica).

4 Carrasco de Paula, Ignacio. *Discernir la procreación médicamente asistida: conceptos clave del magisterio de la Iglesia Católica*. <https://enciclopediadebioetica.com>. Consultado el 10 de octubre de 2022.

2.2. Maternidad por sustitución o subrogada

“Sustituir” o “substituir” es “poner a una persona o cosa en lugar de otra”. El vocablo “subrogado” significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona” (RAE). Desde luego que, tratándose de la maternidad, no se trata de poner algo o una cosa en lugar de otra, porque la mujer no es un objeto.

En la hipótesis de la gestación por subrogación o sustitución, una mujer concibe a un hijo o una hija para otra u otras personas que la han contratado, en cuyo caso ocurre la sustitución de una mujer por otra. Por supuesto, hay referencia a persona y no a cosa.

Por esto, si la maternidad subrogada ha sido consecuencia de un contrato oneroso, se entiende que el cuerpo de la mujer se trafica como una cosa y que, como tal, es objeto de comercio. De esta forma, se habla de “arrendamiento del útero”. El arrendamiento *in genere* tiene por finalidad la entrega de una cosa que hace una persona denominada arrendadora a otra, para su uso por cierto tiempo a cambio de un precio determinado que la arrendataria se obliga a pagar. El útero de la mujer no es, por tanto, un objeto o una cosa que pueda moral y lícitamente someterse al tráfico arrendaticio.

Se emplean indistintamente los conceptos gestación subrogada, gestación por sustitución, vientre de alquiler, subrogación de vientre, maternidad subrogada, subrogación gestacional; y tiene lugar cuando una mujer se obliga a gestar a un niño o una niña (en su

vientre) y, luego del nacimiento, renunciando a la filiación materna a favor de la persona contratante o de una tercera, se le obliga a la entrega en los términos convenidos para la asunción de la relación paterna-filial o materna-filial, según corresponda.

Todo eso se fundamenta en un contrato y mediante el pago, por lo general, de un precio o de manera gratuita, una mujer acepta someterse a técnicas de reproducción humana asistida que dará lugar a la señalada gestación a favor de una persona o pareja contratante, sin que genere ningún vínculo de filiación con la dueña del vientre gestante, más aún cuando esta se obliga a entregar a la o el bebé nacido con vida y sin defectos a los “padres intencionales”.

Esto es lo que se pretende que ocurra y así, con esa práctica, se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad, por lo cual se afirma que se evita utilizar la palabra “madre” cuando se admite en doctrina y jurisprudencia que madre es aquella que ha dado a luz o ha parido a otro ser de su misma especie.

Se establece una disociación entre la mujer y su útero, un truco lingüístico para distanciar a la madre de la niña o del niño⁵, más aún cuando la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la de la gestación. No es solo una función biológica, sino también social. No cabe la subrogación o sucesión de madres por cuanto la madre biológica seguirá siendo una con independencia de que la madre jurídica pueda ser otra (como en el caso de la adopción o el acogimiento).

5 Jouve de la Barreda, Nicolás. *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*. <http://aebioetica.org>, consultado el 10 de octubre de 2022.

Desde la perspectiva biológica y genética, la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante).

El fenómeno de la maternidad subrogada ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación, y llega a una plural tipología en correspondencia a la maternidad:

1. *Maternidad genética*. Esta se refiere a la aportante de óvulos, o la donante de estos.
2. *Maternidad de gestación*. Corresponde a la mujer que asume la gestación de un embrión a partir de un óvulo aportado o donado. Sin embargo, puede ocurrir que los gametos masculino y femenino tengan su origen en una donación o a través de la compraventa, en cuya hipótesis no existe relación genética con quienes se dice que son el padre y la madre.
3. *Maternidad total o plena*. La gestante no aporta sus óvulos y se restringe a la gestación y al parto. Teóricamente, la gestante no tiene ningún vínculo biológico con el o la bebé porque los óvulos provienen de la madre de intención o, en su defecto, de una donante.
4. *Maternidad parcial*. La gestante aporta los óvulos y es la madre biológica. En este tipo de subrogación, las niñas y los niños procreados por donación de

óvulos se encuentran genéticamente relacionados con su padre, pero no con su madre.

5. *La maternidad legal*. Se refiere a quien asume frente al hijo o a la hija los derechos y obligaciones relativos a la maternidad, sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

Por tanto, la maternidad subrogada es la más controvertida de las técnicas de reproducción humana asistida, debido a los problemas de carácter ético-jurídico que plantea. El término “maternidad subrogada” viene de la traducción de la expresión inglesa *surrogated motherhood*. También se denomina esta figura con el nombre de maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler de útero.

Estas dos últimas denominaciones se consideran inadecuadas, porque la mujer gestante compromete todo su organismo durante el embarazo y no solo el útero. La maternidad subrogada, como se ha reseñado, implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica en favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño o de la niña por parte de la mujer o de la pareja contratante. En esta definición, no se incluye el caso en que la madre, además de alquilar su organismo, aporta su óvulo porque, en esta situación, se trataría de “una venta de hijo o hija”. Aquí, la mujer es madre genética y biológica o de gestación⁶.

6 Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. (2015). *La filiación y la fecundación “in vitro”*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es>. Consultado el 14 de octubre de 2022.

III. Autonomía de la voluntad privada y contrato de maternidad subrogada

3.1. Autonomía privada y contrato

La autonomía de la voluntad privada es un principio básico del derecho contractual, el fundamento de la obligatoriedad del contrato siempre y cuando este se haya celebrado conforme los requerimientos de la ley y el orden público, desde luego que –como señala el artículo 1162 del Código Civil francés reformado en el 2016 -, el contrato no podrá sustraerse al orden público ni en su contenido ni en su finalidad, aunque todas las partes lo conozcan o no.

Naturalmente la autonomía no es ni puede ser ilimitada. Por el contrario, está sometida a límites dirigidos a la tutela de los intereses generales (aspecto social de la autonomía de la voluntad privada) y de los intereses de los terceros, los cuales no se podrían dejar a merced de la voluntad del individuo.

El valor de este principio se aprecia en el hecho de que se considera como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

Sin embargo, esa autonomía, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el derecho civil y, específicamente, en el derecho de contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones en las llamadas cláusulas imperativas que son de orden público y, por lo tanto, inderogables y, aun cuando no son definibles ni catalogables, se entienden como aquellas de primordial importancia para la existencia del Estado o de la colectividad, las cuales son su misma garantía e implican un deber antes que un derecho.

3.2. El contrato

El contrato *in genere* tiene como consecuencia la creación de la obligación que constriñe a los y las contratantes. Es la fuente principal de las obligaciones, pero no la única. Un contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o varias personas, el cual está destinado a crear, modificar, transmitir o cancelar obligaciones. De no ser así, no podemos en propiedad hablar de contrato y menos del contrato de maternidad subrogada, aun cuando a este contrato no es aplicable en su totalidad el concepto civil de contrato, porque se trata de un contrato diferente a todos los demás contratos, y se forma fundamentalmente por el consentimiento de la madre contratada, sin ninguna participación de esta en la formación-negociación del contrato.

Generalmente, no hay contrato que carezca de una etapa preparatoria que se desarrolle a través de conversaciones entre las personas que pretenden celebrarlo, reuniones presenciales o a distancia, envío y recepción de correos electrónicos, así como los diversos actos hasta lograr el consentimiento en la aceptación del contrato. Se trata de qué es lo que desea o quiere cada una de las personas con la celebración del acto jurídico, cuando se refiere a un contrato sinalagmático, en donde no falta *la prestación como interés de cada uno* (como obligación de *dar, hacer o no hacer*), la conversación sobre el precio y

las diversas modalidades del acto contractual que se proponen, movidos por la finalidad o provecho que cada contratante pretende.

En ejercicio del principio de la libertad privada, los particulares están facultados para la celebración de todo tipo de contrato que no esté expresamente prohibido por la ley, que tampoco desconozca normas de carácter imperativo, irrenunciables y personalísimas o que atente contra el orden público.

En la hipótesis de la gestación por subrogación o sustitución, una mujer concibe a un hijo o una hija para otra u otras personas que la han contratado, en cuyo caso ocurre la sustitución de una mujer por otra. Esto demuestra que es un contrato especial, sin que a este pueda aplicarse los diversos medios de terminación del contrato por motivo de incumplimiento. A este contrato, por tanto, el medio aplicable es el de la nulidad absoluta y de pleno derecho porque se celebra en contravención o violación del orden público, tal y como veremos *infra*.

Desde el contexto que antecede, el contrato de madre subrogada es aquel documento por medio del cual una mujer acepta el contenido del formato previamente redactado, para quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, con el fin de que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al contratante, renunciando a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido y, en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero (vid. *infra*).

En el anterior concepto, se aprecian varios hechos demostrativos conducentes a la nulidad absoluta del contrato de maternidad subrogada, como veremos *infra*, no solo por la violación *ex lege*, sino ante la infracción de normas de orden público que son imperativas, irrenunciables, personalísimas e imprescriptibles.

3.3. ¿Qué tipo contractual es la maternidad sustituida?

La mayoría de las legislaciones admiten que la donación de gametos para la fecundación es un contrato gratuito. En efecto, el artículo 5.1. de la Ley española 14/2006 del 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida preceptúa que “La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro”. De esta manera, la donación de gametos y la maternidad subrogada están en íntima conexión, de forma tal que no es posible hablar de uno de los contratos sin considerar al otro.

Ahora bien, la cuestión acerca de la denominada “naturaleza jurídica” de la donación se ha planteado a partir del doble juego de principios jurídicos diversos de que participa este negocio⁷. Por un lado, “como negocio encuentra su causa en el espíritu de liberalidad”, se adscribe a las normas que regulan los actos jurídicos gratuitos de última voluntad, como el testamento y el legado. Por el otro, la necesidad de la existencia de un acuerdo de voluntades para su perfeccionamiento determina su ubicación entre los “actos de naturaleza contractual”, y

7 Juanes, Norma. *Naturaleza jurídica de la donación. Concepto y contenido. El problema en el derecho civil argentino y en el derecho comparado*. <https://escribanos.org.ar>. Consultado el 20 de octubre de 2022.

como tal está sujeto al régimen jurídico de los contratos en general.

En toda liberalidad, existen un elemento objetivo y un elemento subjetivo. El primero consiste en una atribución patrimonial sin compensación a cambio. A consecuencia de ella, se produce un empobrecimiento de una de las partes y un enriquecimiento correlativo de la otra. El elemento subjetivo está dado por la intención del disponente de beneficiar a la otra parte, procurándole dicho enriquecimiento.

Desde la perspectiva que antecede, el contrato de donación de gametos no es un contrato gratuito, no constituye un acto de liberalidad, porque los gametos no son cosas cuya propiedad se transfiere a otra persona que las acepta y, por tanto, no significa un empobrecimiento de una de las partes y un enriquecimiento correlativo de la otra.

Lo mismo, *mutatis mutandis*, podemos decir del contrato de gestación sustituida. Desde luego que, en ambos casos (donación de gametos y maternidad subrogada), no siempre se da la gratuidad, lo que se aprecia en la realidad de tales actos, más aún cuando ninguna mujer se somete gratuitamente, salvo muy escasa excepción a entregar su cuerpo, su vida, durante nueve meses de embarazo. Tampoco la persona donante de gametos se aviene gratuitamente a la donación de gametos bajo una rigurosa y exigente práctica.

Por tanto, es posible considerar que estamos en presencia de un contrato oneroso bajo una *presunción hominis* que se establece a través del examen de circunstancias o hechos conocidos denominados llamados *Indicios*

(las entregas económicas del contratante a la mujer contratada en compensación). Desde luego, las presunciones son las consecuencias que la ley, el juez o la jueza obtiene de un hecho conocido para establecer otro desconocido (la onerosidad).

Y como se señala⁸, la diferencia importante entre afirmar que un hecho “es presumible” o afirmar que “es probable” estriba en que hay que reservar la primera (o debería reservarse) para aquellos casos en los que se considera que los indicios (los hechos base, los hechos probatorios, etcétera) son suficientes para considerar un hecho como probado (no solo como probable) y, como consecuencia de ello, trasladan la carga probatoria (o argumentativa) a quien pretenda negar la conclusión o a quien pretenda negar el hecho presunto.

Según el Código Civil español “La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta” (art. 618). Desde este contexto normativo, puede ser donación la entrega gratuita que una persona hace en propiedad, de una cosa a otra persona que la acepta sin ninguna formalidad.

En la doctrina moderna, la donación se considera sometida a las reglas generales de los contratos, en tanto no vulneren las especiales características de la donación como contrato, entendiéndose la donación caracterizada por la gratuidad de cosas y derechos, por acto entre vivos.

Así pauta el Código Civil y Comercial argentino: “Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una

8 Aguiló Regla, Josep. *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*. <http://www.scielo.org.pe>. Consultado el 28 de octubre de 2022.

cosa a otra, y ésta lo acepta” (art. 1542). En esta disposición normativa, además de la obligación de una de las partes de transferir gratuitamente una cosa a otra parte, está la que expresa su aceptación, en cuya situación estamos en presencia de un contrato regulado por el derecho civil.

De forma más expedita contractualmente hablando, “La donación es el contrato por el cual una persona transfiere gratuitamente una cosa u otro derecho de su patrimonio a otra persona que lo acepta” (art. 1431 *eiusdem*). Conforme a nuestro Código Civil, “La donación trasfiere al donatario la propiedad de la cosa donada” (art. 1404). En consecuencia, los gametos y los embriones no son cosas o patrimonio que se transfiere gratuitamente en propiedad al patrimonio de otra persona que acepta.

La maternidad subrogada es un contrato típico o atípico, dependiendo de si está regulado en la ley o no. El típico o contrato nominado es el regulado en la ley, *v. gr.*, en el artículo 3, la Ley mexicana de Gestación Subrogada del Distrito Federal, aprobada el 8 de diciembre de 2011, se refiere a la gestación

subrogada como el acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide y que concluye con el parto o la terminación del embarazo. Como se advierte, se trata de un contrato aun de forma subrepticamente considerada, más aún cuando debe otorgarse ante una persona notaria “el convenio del otorgamiento del consentimiento” por las partes interesadas en la maternidad subrogada.

El contrato atípico es aquel que no está regulado en la ley de forma específica que lo identifique ante los demás contratos y, de tal manera, es un contrato innominado, en cuya hipótesis las partes lo crean y determinan los efectos que debe producir dentro de las limitaciones establecidas en la ley, el orden público y las buenas costumbres.

IV. El contrato del centro o servicio autorizado

4.1. Formación y ejecución del contrato

Primeramente, interviene una agencia especializada que celebra el contrato con

continúa sgte pág.

los denominados “padres intencionados”⁹ y, posteriormente, estos otorgan otro contrato con la “madre subrogada”. En la etapa de conversaciones preliminares, también denominada etapa precontractual, la mujer que se pretende contratar por los “padres intencionados” no dispone de libertad para expresar los objetivos o intenciones que persigue con la celebración de esta. Ella no está en igualdad para negociar razonablemente sus derechos y obligaciones contractuales. ¿Por qué? El centro o servicio autorizado para el implante intrauterino dispone de un contrato elaborado según modelo tipo y uniforme que no permite modificación alguna. La mujer en esta hipótesis no puede determinar el contenido del contrato. Por tanto, solo dispone de una alternativa: con la información que se le da, acepta el contrato como está elaborado o simplemente lo rechaza. Lo mismo ocurre en la celebración del contrato entre los denominados “padres intencionales” y la madre gestante.

4.2. Contenido del contrato

En el contrato en comentario, los derechos y las obligaciones de la mujer contratada para gestar que la convierten en una esclava están unilateralmente predispuestos, y aparecen especialmente los siguientes observados en algunos contratos:

1. Se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad.
2. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual, entre otros: a) tantas transferencias embrionarias como sean necesarias, b) llevar a cabo las transferencias por cada ciclo de reproducción asistida, c) tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral,

9 Veamos lo que indica el contrato que se utiliza en California, EE. UU., entre la agencia y los “padres intencionados”: “D. Las partes reconocen y comprenden que este acuerdo solamente contiene los derechos y obligaciones respectivos a la agencia y los padres intencionados. Una vez los padres intencionados hayan seleccionado a una gestante, se redactará un contrato (‘Contrato de gestación subrogada’) entre la gestante y los padres intencionados bajo asistencia jurídica. En dicho contrato de gestación subrogada se detallarán los respectivos derechos, obligaciones, compromisos y previsiones tanto de los padres intencionados como de la gestante, incluyendo todos los aspectos financieros referentes al proceso de gestación subrogada.

El contrato de gestación subrogada será revisado por un abogado en representación de la gestante y, una vez concluido dicho contrato, será formalizado por los padres intencionados y la gestante junto con su marido/pareja, en caso de haberlo.

Los padres intencionados comprenden que la agencia no participará en dicho contrato y por tanto no tendrá obligaciones en él. Sin embargo, asumen que los acuerdos financieros que se reflejan en el contrato de gestación subrogada cumplirán con los requisitos mínimos en materia de compensación para las gestantes establecidos en el programa de la agencia.

Artículo II. Honorarios

Los padres intencionados acuerdan por la presente abonar a la agencia por la prestación de servicios la tarifa de 18 750 \$. Estos honorarios se consideran totalmente cobrados y no reembolsables. Dicha cantidad es el precio final y no incluye otros cargos, costes o gastos, o compensación a pagarle a la gestante.

Artículo XII. Conciliación

En caso de litigio entre los padres intencionados y la agencia, tanto en referencia a lo dispuesto en este acuerdo como relacionado con el proceso de gestación subrogada, las partes deberán presentar dicho litigio ante procedimiento de mediación no vinculante. El lugar para la celebración de dicho procedimiento deberá pertenecer exclusivamente al condado de San Diego. Todas las partes implicadas asumirán los gastos y tasas derivados de dicho procedimiento”. (cfr. “¿Cuánto cuesta la técnica de gestación subrogada?”, <http://babygest.com/>, Consultado el 10 de marzo de 2023).

por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo.

3. La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica, y entre otras estipulaciones impuestas: a) la gestante sustituta, mediante la firma del contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre; b) la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil designe, esté presente; c) la contratante adquiere el derecho a designar al profesional de la medicina que esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo; y, d) la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño.

4. Se regulan por contrato cuestiones, tales como a) la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria; b) cómo será el parto, por cesárea a menos que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal; c) se dispone qué puede comer o beber la gestante; d) se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales y restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo; e) la prohibición de salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo.

5. La madre gestante se obliga a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco, a petición de cualesquiera de los futuros padres.

La subrogación es así una clara violación de los derechos humanos. Es una práctica de explotación que viola varias convenciones de la ONU y otros tratados internacionales. Por ejemplo, la subrogación puede compararse con la esclavitud que el artículo 1.º de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Esclavitud define como “el estado o la condición de una persona sobre la cual se ejerce cualquiera o todos los poderes relacionados con el derecho de propiedad”¹⁰.

Tal y como se puede fácilmente apreciar en el contrato *in commento*, sobre el tipo y el uniforme de maternidad sustituida o subrogada, queda demostrada la situación económica y social de vulnerabilidad de la mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante, la cual transgrede sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma, como persona humana dotada de dignidad.

Como otra consecuencia, al niño o a la niña por nacer se le priva del derecho a conocer sus orígenes, se cosifica, cuando se le entiende como el objeto del contrato que la gestante se obliga a entregar a la comitente, y no solo esto, sino que tanto la madre gestante como el niño o la niña a gestar son tratados como meros objetos, como cosas, como patrimonio,

10 Ramiro, F.J. *¿De dónde vienen los bebés (sustitutos)? La subrogación como violación de los derechos humanos*. <https://www.bioeticaweb.com/>. Consultado el 14 de noviembre de 2022.

no como lo que son: personas dotadas de la dignidad.

Cuando una mujer acepta ser un sustituto¹¹, entrega el control de su vida durante los próximos nueve meses. Los compradores de bebés (y sus médicos) deciden qué come y qué bebe, con quién tiene relaciones sexuales y con qué frecuencia, cuántas pruebas tiene que aceptar para asegurarse de que el o la bebé que lleva no tenga “defectos” y cuántas vacunas tiene. Si este “control de calidad” revela imperfecciones, puede verse obligada a someterse a un aborto. Si se implanta y desarrolla más de un embrión, se puede exigir la reducción fetal.

La subrogación también viola profundamente los derechos del niño y de la niña, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. El artículo 2 prohíbe la venta de niños, y el artículo 35 estipula que “los Estados Parte tomarán todas las medidas nacionales, bilaterales y multilaterales apropiadas para evitar el secuestro, la venta o el tráfico de niños con cualquier propósito o en cualquier forma (énfasis adicional)”. En la subrogación, las niñas y los niños se venden claramente.

Por su parte, una feminista radical afirma sobre los vientres de alquiler:

Lo de “gestación subrogada” es un eufemismo. Como feminista radical, estoy en contra de los vientres de alquiler porque la maternidad es un

deseo, no un derecho - los derechos se regulan, los deseos no -. Estoy en contra de los vientres de alquiler porque no quiero vivir en un mundo donde los hijos puedan comprarse y donde las mujeres pobres den a luz para las ricas. Aquí no cabe el altruismo: de hecho, lo que hace es propiciar un mercado negro de vástagos en el momento en el que pone en contacto a la potencial gestante y a los potenciales padres compradores¹².

Y entre las diversas secuelas del proceso de cumplimiento del contrato *in commento*, según su contenido, en referencia a la madre y al o a la bebé, nada mejor que apreciarlas desde la perspectiva de la psiquiatría infantil. En efecto, se afirma¹³ que los bebés en el útero perciben su ambiente y les afecta, enormemente, todo lo que vive y siente la madre. Los estudios además han confirmado lo que se llama “teoría de programación fetal”; es decir, que durante algunos momentos del embarazo, hay sistemas biológicos del bebé que quedan “programados” para dar una respuesta de por vida a un tipo de ambiente externo.

La construcción de la psique comienza en el embarazo con el vínculo prenatal, y el neurodesarrollo del bebé está muy condicionado por el estado emocional de la madre. Todos los estudios e investigaciones confirman efectivamente que lo que se vive en el útero deja una huella que durará de por vida

11 Ramiro, F.J. *Ibidem*.

12 Maldonado, Lorena G. *Por qué soy feminista radical (y quizás tú también)*. <https://www.elespanol.com>. Consultado el 8 de noviembre de 2022.

13 Olza, Ibone. *Psiquiatra infantil y perinatal*. <https://www.cuerpomente.com/>. Consultado el 2 de enero de 2023.

y que, en muchos aspectos, condicionará la salud física y emocional; es decir, que el bebé y su cuerpo recuerdan la vida intrauterina.

Toda una serie de mecanismos neurohormonales hacen que nada más nacer los bebés esperen encontrarse con su madre, reconocerla, olerla, mirarla a los ojos e, idealmente, iniciar la lactancia. **Desde el punto de vista psíquico**, la situación puede ser especialmente compleja. Por más que una mujer decida o pretenda no vincularse con el o la bebé que gesta para prevenir el duelo posterior, la biología va a seguir su curso y los cambios cerebrales no se pueden evitar. Es decir, **la vinculación es inevitable**. Aunque es probable que, ante el horizonte de tener que separarse de su bebé tras el parto, se haga un esfuerzo psíquico por no vincularse con él, **es posible que se tenga un ánimo bajo o, incluso, depresión** durante el embarazo, algo que sabemos que afecta profundamente al o la bebé en gestación.

4.3. El contrato de adhesión

En la doctrina nacional como en la extranjera, se acepta de manera más o menos pacífica, que los contratos de adhesión son verdaderos contratos, pero no es claro que constituyan verdaderos “acuerdos paritarios entre iguales”.

En el punto anterior, se observa que existe allí un contrato de adhesión consistente en estipulaciones esenciales sustraídas de la libre negociación, las cuales son determinadas por una de las partes. Es una voluntad unilateral que dicta su ley (el centro o servicio) y la otra parte (la mujer que arrienda su matriz), en acto de adhesión al contrato tipo y uniforme que

le ha sido propuesto, sin alternativa de libre discusión, es decir, la adhesión a cláusulas generales predispuestas unilateralmente.

Por tanto y como dispone el artículo 1110 del Código Civil francés reformado en el 2016, “El contrato de adhesión es aquel cuyas estipulaciones esenciales se sustraen a la libre negociación y son determinadas por una de las partes”. En este aspecto, no ha sido emitido el consentimiento de la madre contratada, pues cuando acepta el contrato, lo único que hace es “*asentir*” (“Mostrarse de acuerdo con lo que otro ha afirmado o propuesto”, RAE), en cuya hipótesis, “El contrato no podrá sustraerse al orden público ni en su contenido ni en su finalidad, la conocieren o no todas las partes” (art. 1162 *eiusdem*), más aún cuando “En un contrato de adhesión, cualquier cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato se tendrá por no escrita [...]” (art. 1171 *ibidem*).

Parece que se trata de un nuevo tipo general de los contratos, como se admite en parte de la doctrina, pero no es así sino - como también se ha indicado-, la característica de *formación del consentimiento* que prima en los contratos celebrados por adhesión a *cláusulas generales predispuestas*, de diferente naturaleza de aquella que tiene lugar en los contratos negociados individualmente, por existir, en los primeros, un grado significativamente menor, en relación con el sujeto débil (la mujer que arrienda su útero), respecto a la posibilidad de ejercer autónomamente su voluntad y su libertad de contratación, en comparación con la parte fuerte de la relación contractual (el centro o servicio o los denominados “*padres*

14 Díez-Picazo, Luis. (1972). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Ed. Tecnos, p. 222.

intenconados”). En el campo de los negocios, interactúan partes que disponen de poderes de negociación disímiles y cuya balanza se inclina, en mayor o menor grado, para lograr que la otra parte “*asienta*”, no ya a consentir cláusulas que no fueron producto de la libre negociación entre partes.

En efecto¹⁴, quien acepta unas cláusulas unilateralmente redactadas y establecidas con carácter inmodificable no presta un genuino consentimiento contractual, sino que se limita a llevar a cabo un “acto de adhesión”. Si la conclusión del acto jurídico no va precedida de una posible discusión de las partes, se piensa, no hay verdadero contrato.

Haciéndose mención del contrato de adhesión, el adherente no puede ejercer su libertad de determinar el contenido del contrato, de modo que podemos dudar que sea el fruto de un acuerdo de voluntades, más aún cuando se predisponen cláusulas que son una manifestación del abuso y atentado contra la dignidad de la mujer, lo cual exige que se implementen medidas de control por el sistema jurídico, bien sea mediante intervenciones legislativas, administrativas o judiciales. De ese modo, el control que se haga de las cláusulas abusivas constituye una forma de limitación a la autonomía de la voluntad privada, puesto que, aunque formen parte integral de un contrato, podrían ser descartadas mediante diferentes sanciones y, en consecuencia, podrían ser desconocidas por el operador jurídico.

4.4. Contrato oneroso y contrato gratuito

Tal y como se admite, el contrato es a título oneroso cuando las ventajas que gestiona

una de las partes le son asignadas por una prestación que ella se obliga a efectuar a la otra, mientras que el contrato es a título gratuito, cuando asegura alguna ventaja a una o a otra de las partes, independiente de toda prestación a su cargo.

De acuerdo con esta información conceptual, la diferencia entre un contrato gratuito y uno oneroso radica en la noción de “utilidad” que debe existir entre las partes. Así, cuando exista solo para una de las partes, se entiende que el contrato es gratuito o de beneficencia, y si existe para ambas, entonces el contrato es oneroso. Desde esta perspectiva, ¿el contrato de maternidad subrogada es oneroso o es gratuito? Lo que delimita la onerosidad de la gratuidad es un elemento objetivo: el precio sin confundirlo con el dinero que, en cierto modo, caracteriza el pago del precio contractual.

A efecto de la interrogante antes apuntada, a tenor de lo observado de la onerosidad del contrato de maternidad subrogada, citamos la Ley española 14/2006 del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en la parte que establece:

“La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta” (art. 5.3, cursivas nuestras).

Por tanto, ¿qué significa “compensación” en la norma antes citada?

Como se trata de una ley española, según el *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la RAE, en el ámbito civil, el vocablo “compensación” significa:

Forma de extinción de una obligación cuando las dos partes lo son a su vez de otra obligación, de modo que se produce una situación concurrente en la que las mismas son recíprocamente acreedoras y deudoras. Es necesario legalmente que exista reciprocidad y el derecho que se compensa sea propio, los deudores lo sean a título principal, las prestaciones sean fungibles y homogéneas y las deudas sean exigibles, vencidas y liquidas.

Y el artículo 1195 del Código Civil español pauta: “Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra”. Esta disposición normativa es casi común en la legislación civil comparada en el ámbito iberoamericano. Y nuestro Código Civil dispone a la compensación como uno de los medios de extinción de las obligaciones (cfr. art. 633).

En consecuencia, lo que delimita la onerosidad de la gratuidad es un elemento objetivo: el precio sin confundirlo con el dinero. Detrás de esa “compensación” subyace la práctica comercial, pues casi ninguna mujer va a gestar por cuenta de otra sin el pago de un precio, más aún cuando en el concierto mundial esta práctica gestante se ha convertido en un mercado sujeto a la oferta y la demanda. Desde esta perspectiva, el contrato de maternidad subrogada atenta contra el orden público de la manera como apuntamos *infra*.

4.5. ¿Cuánto cobra un sustituto?

En el mercado, el precio está sujeto a la oferta y la demanda. Hay para todos los gustos según el poder económico. Nos valemos aquí de la *presunción hominis*, como aquella que la jueza o el juez establece a través del examen de circunstancias o hechos conocidos llamados indicios, pues hemos señalado la onerosidad que caracteriza al contrato de maternidad subrogada. Para reforzar lo afirmado sobre el pago de un precio, ahora nos permitimos traer a colación lo que se afirma en la doctrina de cómo se mueve el mercado en que se ha convertido el contrato *in commento*.

Un sustituto recibe entre \$ 20 000 y \$ 35 000 lo que equivale a menos de \$ 4 por hora. Para los padres encargados, los llamo ‘compradores de bebés’, la subrogación puede costar fácilmente \$ 100 000 o más, porque a menudo la madre biológica no queda embarazada o aborta, por lo que el proceso debe repetirse más de una vez. Mientras tanto, la mayor parte de ese dinero alimenta a la industria de la subrogación (clínicas de FIV, abogados, personas asesoras, agencias de “donantes de óvulos”, grupos de presión y otros intermediarios) que está explotando esta última oportunidad de negocios para llenar sus bolsillos.

El precio de la gestación subrogada va a depender del país donde se realice. No obstante, la gestación subrogada oscila alrededor de los 50 000 y los 180 000 euros; pero siempre es necesario tener en cuenta las condiciones del país, el coste de la técnica de reproducción asistida adicional necesaria, la

compensación económica de la gestante y los gastos derivados del propio proceso¹⁵.

V. Nulidad absoluta del contrato de maternidad subrogada

5. 1. El orden público y el contrato

En la doctrina, no existe acuerdo sobre el concepto de orden público. La calificación de una norma jurídica como distinguida por este carácter tampoco es precisa, porque está sometida a múltiples variables y contingencias. Habrá que determinar en cada caso si una norma es de orden público para decir si exige observancia incondicional y si no es renunciable por voluntad de los y las particulares.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado por lo cual no existe un concepto unívoco, más aún cuando casi nadie se atreve a conceptuarlo, tratándose de ser una de las materias más complejas y complicadas del derecho. La doctrina y la jurisprudencia aparecen tímidas y se refieren al orden público de manera genérica y, en contados casos, de forma prudente al señalar algunas circunstancias de este.

Para muchos, no es necesario definirlo, se le tiene como un valor entendido, como *jus receptum*. Por ello, afirman que todos sabemos qué se quiere decir. “El principio de orden público tiene un contenido elástico y variable en el tiempo, su concepto no es unívoco y, en sentido amplio, comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país en un momento

de su evolución histórica”. Decimos que su contenido no es unívoco, pues tiene matices diferentes según lo pensemos en el derecho civil, comercial, laboral, penal, internacional, tributario, entre otros. Su contenido es variable según las distintas concepciones por su grado de “elasticidad”, una norma quedará o no comprendida como una limitación a la voluntad de las partes. A raíz de ello, los códigos de tipo germánico prefieren hablar de leyes imperativas y buenas costumbres¹⁶.

La doctrina y la jurisprudencia aparecen tímidas y se refieren a este de manera genérica. Es decir, podemos estar en presencia de normas de orden público relativo o absoluto, dependiendo si estas son o no renunciables e imperativas, personalísimas y de derechos imprescriptibles.

Sin embargo, es más sugerente indicar que las normas de orden público absoluto son aquellas imperativas e irrenunciables, personalísimas y cuyos derechos son imprescriptibles, dispuestas por el legislador en interés superior de la persona humana, de la familia y la sociedad. (i) La *norma es imperativa* cuando no admite acuerdo en contrario y solo puede ser reformada por una norma posterior que tenga el mismo carácter. En ningún momento, puede dejar de aplicarse, pues es indisponible y de cumplimiento forzoso cualquiera que sea la voluntad de las partes, y constituye un límite a la autonomía de la voluntad. (ii) *Norma irrenunciable* es aquella continente de derechos constitucionales o legales y que la persona no puede renunciar expresa o tácitamente, pues, en caso contrario, la

15 Bayonas, Amalia (psicóloga). ¿Cuánto cuesta la técnica de gestación subrogada? <https://babygest.com/>. Consultado el 10 de marzo de 2023.

16 Piñón, Benjamín Pablo. *El principio de orden público en la teoría general del contrato*. <https://www.semanticscholar.org>. Consultado el 19 de noviembre de 2022.

renuncia carece de todo efecto. (iii) Norma personalísima es la que se refiere a un derecho inherente a la persona y que no puede ser transmitido. (iv) Derecho imprescriptible: que no se pierde ni cambia con el tiempo, el titular del derecho lo detendrá de forma indefinida.

En la resolución n.º 00005-2003 del 15 de enero de 2003, refiriéndose a la sentencia n.º 766 del 26 de septiembre de 2001, la Sala Primera de la Corte consideró lo siguiente: “El concepto jurídico de orden público es indeterminado, flexible, dinámico, y de difícil definición. No obstante, puede entenderse como el conjunto de principios inspirados de un ordenamiento jurídico reflejo de los valores esenciales de una sociedad en un momento dado [...]”.

Y en la resolución n.º 14944-2020 del 7 de agosto de 2020, la Sala Constitucional de la CSJ señala que, en la sesión extraordinaria 51 del 26 de agosto de 1982, la Corte Plena, antiguo contralor de constitucionalidad, se refiere al orden público como: “[...] conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, por otra, conciernen a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en el justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar en la convivencia social”. Este criterio ha sido recogido por la Sala Constitucional en diversas resoluciones.

Se priva al niño o a la niña por nacer del derecho a conocer sus orígenes, se les considera como cosas y no como personas, pues se les concibe como el objeto del contrato que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Esto resulta gravemente dañino para su dignidad e integridad moral e, incluso, para su integridad física, habida cuenta de

la falta de control de la idoneidad de los comitentes y, no solo esto, sino también se atenta contra el derecho a conocer su origen biológico.

Además, se trata de un contrato con causa ilícita, puesto que dicha causa se opone a la ley y la moral. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño o a la niña que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción a cualquier derecho derivado de su maternidad, y todo esto ante la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma.

Mientras tanto, van apareciendo fácilmente los beneficios económicos de la agencia intermediadora y del centro autorizado, cuyo negocio lucrativo está constituido por este tipo de prácticas transgresoras de los derechos humanos.

El alquiler de un útero y la maternidad subrogada transgreden tanto la dignidad de la mujer gestante como la de la hija o del hijo nacido. Ambas prácticas atentan contra la dignidad de la mujer y son contrarias a la larga y difícil lucha porque esta no sea apreciada exclusivamente por su capacidad para gestar. Aceptar la maternidad subrogada y el alquiler de útero es admitir la manipulación del cuerpo femenino y considerarlo como un mero objeto, sin percatarse de que este adquiere un valor por participar de la dignidad inherente a la persona. Se aprecia pues una relación de identidad entre el sujeto y las partes de su cuerpo, al aceptar la cosificación de cuerpo.

Se admite que este pierde la nota de su humanidad¹⁷.

Ad exemplum, en la sentencia 277/2022 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España, la sala se fundamenta en las pruebas agregadas a la causa, en los contratos de gestación por sustitución en los que “La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad”.

Además del fundamento legal establecido en el artículo 10 de la Ley española 14/2006 sobre TRHA, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España fundó el rechazo de la demanda, sobre todo por entender que “la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos” (Fundamentos de Derecho, apartado 3.º), y la califica como venta de niños (disponible en www.centrodebioetica.org).

En los países donde no admiten ese contrato, se interpreta que este atenta contra el orden público en especial por tres motivos:

- (i) Constituye un instrumento para la explotación de las mujeres, esencialmente aquellas de bajos recursos económicos.
- (ii) El contrato tiene sentido de compraventa. Tiene como propósito la compraventa de recién nacidos, lo que

convierte a estos en una mercancía que puede ser vendida y comprada como cualquier otro producto y de acuerdo con el precio del mercado. Es la posible comercialización del cuerpo humano que no se limita a la mujer gestante, sino que se extiende a las empresas especializadas que se ocupan de gestionar todos los pasos del proceso, relacionar a los sujetos, formalizar los contratos, vigilar su cumplimiento y demás gestiones que se necesitan para llevar al final esta práctica.

(iii) Atenta contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse un niño o una niña por una compensación como hemos señalado *supra*, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana.

Y adicionamos otros motivos:

- (iv) Constituye un atentado en contra de la dignidad de la persona humana con fundamento en que la concepción es consecuencia de un acto de comercio.
- (v) Se utilizan las normas del derecho de familia, para la determinación de la validez del contrato, infringiéndose de tal modo las normas sobre adopción, pues esta se caracteriza por la gratuidad.
- (vi) Convierte a las niñas y los niños en artículos de consumo, en cosas, aumentando la vulnerabilidad de aquellos y las mujeres gestantes ante las distintas formas de explotación.

17 Brena Sesma, Ingrid. Maternidad subrogada. Coordinadora del Núcleo de Estudios en Salud y Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. <https://enciclopedia-bioderecho.com>. Consultado el 25 de noviembre de 2022.

(vii) La legalización no impide la mercantilización del contrato, pues no se puede garantizar que no haya dinero implicado en el proceso, siendo posible que la gestación por sustitución altruista encubra una gestación lucrativa, más aún cuando no es fácil controlar los pagos correspondientes a “gastos clínicos o médicos” como consecuencia del proceso de gestación que fácilmente permite el encubrimiento del pago contractual mercantil.

(viii) El cuerpo femenino no está diseñado para llevar un embrión que no es engendrado por la mujer misma, y parir a sueldo no es ético, moral, ni lícito.

(ix) El vientre de alquiler es una violación de los derechos humanos, pues atenta contra la dignidad de la mujer, cuando se utiliza su vientre, su cuerpo, por medio de un contrato y por dinero encubierto con la denominada “compensación”, y lo mismo ocurre con el niño o la niña cuando carece de capacidad para discutir y consentir al que va a nacer de un vientre alquilado.

(x) El contrato de alquiler establece lo que debe comer la mujer, si puede viajar y las condiciones para esto, sus relaciones sexuales y mucho más. Hay una dominación total y absoluta de la mujer. Durante nueve meses es una esclava.

(xi) Por lo general, se incluye una cláusula de no aceptación del niño nacido, cuando este padece graves defectos genéticos o cromosómicos (tipo de enfermedades graves o el síndrome de Down), lo que convierte a la persona humana en un bien u objeto patrimonial-comercial, depurado de vicios o defectos y, por tanto, desechable cuando no se ajusta a la calidad deseada.

5.2. Nulidad absoluta del contrato y normas de orden público

La nulidad absoluta tiene lugar, cuando en la formación del contrato, se carece de alguno de los requisitos esenciales para su validez, o se han violado normas imperativas que lesionan el orden público o las buenas costumbres y, en consecuencia, no puede producir los efectos previstos por las partes y ser admitidos *ex lege*.

La nulidad absoluta del contrato de maternidad subrogada está sustancialmente entrelazada con el orden público, por lo cual, no puede desprenderse de este. Desde luego, la cultura del mercado ha venido considerando el cuerpo humano como una forma de comercio¹⁸, por lo que la maternidad de sustitución ha sido objeto de fuertes críticas en tanto vulnera el principio de intangibilidad del cuerpo humano¹⁹, afectando la dignidad de quien se presta a ello.

18 En la legislación comparada, el derecho no es uniforme. En efecto, la legislación española prohíbe la maternidad subrogada, así como en varios países, tales como Holanda, Francia, Italia, Suecia, Alemania. En el Reino Unido, Australia, Canadá, Grecia, Brasil, México (Tabasco y Sinaloa), Uruguay, Israel y Sudáfrica, rechazan el convenio gestacional si presenta fines comerciales. Se permite solo la maternidad subrogada altruista, es decir, aquella en la cual la mujer no recibe compensación económica por la gestación. En cambio, se permite en algunos incluso con fines lucrativos, tales como Rusia, Ucrania, la India y en algunos estados de EE.UU.

19 Berge, Salvador D. *Bioética, cuerpo y mercado*. <https://www.redalyc.org>. Consultado el 28 de noviembre de 2022.

Con el contrato de maternidad sustituida, se incurre en grave violación de normas de orden público absoluto que son imperativas, irrenunciables, personalísimas y continentes de derechos imprescriptibles, normas entre otras y, de manera especial, la Constitución Política preceptúa: “La vida humana es inviolable” (art. 21)²⁰.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José y ratificada por Costa Rica en 1970, establece en el primer párrafo de su artículo 4: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

A tenor de lo pautado en el artículo 21 constitucional, el Código Civil instituye: “La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento [...]” (art. 31), más aún cuando “Los derechos de la personalidad están fuera del comercio” (art. 44). “En los procesos de la jurisdicción familiar, las personas juzgadas tendrán particular esmero en la efectivización de los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad, contenidos en la normativa nacional, internacional y sus principios”, como así imperativamente establece el artículo 7 del Código Procesal de Familia.

El Código de Familia contempla: “La calidad de hijo adquirida de conformidad con el artículo 81, surte efecto desde el día de la concepción y aprovecha aun a los descendientes de los hijos muertos al tiempo de la celebración del mismo” (art. 83).

El Código de la Niñez y la Adolescencia imperativamente señala: “Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Ante la duda, prevalecerá la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente” (art. 2).

Se sostiene que el contrato con la portadora resulta a todas luces ilícito, porque, entre otras razones, la capacidad generativa es indispensable, intransferible y personalísima. Está fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, porque no está permitido pretender arrendar el uso de un útero durante nueve meses de gestación²¹.

Asimismo, el contrato de gestación de sustitución es siempre nulo, porque, en cualquier caso, se opone al *principio de indisponibilidad del cuerpo humano*, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico²². Se opone también

20 En el expediente n.º 20.918 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, está un Proyecto de Ley de Reforma del artículo 21 de la Constitución Política, para proteger la inviolabilidad de la vida humana; presentado por varios diputados y diputadas. Este proyecto se encuentra en el orden del día del plenario desde el 31 de julio de 2018 y cumplió el trámite de revisión de forma en el Departamento de Servicios Parlamentarios; y si se aprueba, el artículo 21 diría: “La vida humana es inviolable desde la fecundación”. (<http://www.aselex.cr/boletines/Proyecto-20918.pdf>).

21 Lledó Yagüe, Francisco. *Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*. <https://dialnet.unirioja.es>. Consultado el 10 de diciembre de 2022.

22 De Verda, José Ramón. *Reproducción humana asistida*. <https://www.revista-rbd.com>. Consultado el 20 de diciembre de 2022.

al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo o hija.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante y no a la biológica (en el caso de que esta sea distinta de aquella). Desde este contexto, en atención al “principio de la indisponibilidad del cuerpo”, “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por la ley. Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte” (art. 45 CC). En efecto, en el contrato de maternidad subrogada, se obliga a la mujer a disponer de su cuerpo de la manera como hemos apuntado *supra*.

Desde luego, en la resolución n.º 00943–2022 del 5 de mayo de 2022, la Sala Primera de la Corte señaló:

[...] si bien es cierto al tenor de la sentencia del año 2012 de la CIDH, existe un derecho de las personas con problemas de fertilidad de acceder a la técnica FIV, también es cierto que no es legítimo de conformidad con el ordenamiento, realizar un convenio de gestación subrogada,

por más que no [sic] haga a título oneroso, como no se demostró que se haya realizado en este caso. Se considera que si bien el fin de construir una familia es legítimo, el medio propuesto en este caso (la gestación subrogada), no lo es [...].

Y aún más, todo acto o contrato requiere como elemento esencial para su existencia jurídica no solo la manifestación de voluntad y un objeto, sino también una causa que requiere para validez de este que dicha causa sea lícita.

Es más, la niña o el niño que va a ser entregado por la madre subrogada a los contratantes no es objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación (v. art. 626.2, CC), en consideración a que aquel “no es objeto o cosa”, es persona humana, ni tampoco es “objeto que pueda reducirse a un valor exigible” (cfr. art. 630 *eiusdem*). Desde luego, la persona humana no es objeto de comercio y, por tanto, carece de valor patrimonial. Y todo esto queda reforzado cuando el artículo 835 *ibidem* dispone que “Hay nulidad absoluta en los actos o contratos: 1º.- Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia”. Por tanto, a tenor de lo pautado en esta norma, el contrato *in commento* puede ser calificado de inexistente, en cuya hipótesis la *nulidad absoluta originaria e inexistencia*²³ parecen coincidir en las consecuencias.

23 En relación con la “inexistencia del acto o contrato”, en la resolución n.º 00044-1991 del 5 de abril de 1991, la Sala Primera de la Corte afirmó: “[...] Así las cosas, la hipoteca, en los términos en que fue constituida, adolece de *nulidad absoluta*; corolario de ello, el acto de cuyo seno afloró se ha de considerar ilegítimo. De esto se deriva también la incapacidad para la producción de efectos jurídicos y la restitución de las cosas al estado anterior al acto o contrato viciado de nulidad, de suerte que todos aquellos actos y contratos de ejecución y los que resulten ser consecuencia directa e inmediata, se ven afectados igualmente por la nulidad; por lo consiguiente, su eficacia queda asimismo sin ningún valor, pues *deben considerarse inexistentes*, toda vez que, por producir la nulidad la insubsistencia del acto o contrato, al punto de estimarse jurídicamente inexistente ese acto o contrato, no puede nacer derecho ni efecto en favor o en contra de algún sujeto (artículos 835, 837 y 847 del Código Civil) [...]”. Luego, entonces, ¿la nulidad absoluta se equipara a la inexistencia?

No obstante, posteriormente la Sala Primera de la Corte afirmó: “[...] la teoría de la inexistencia del acto o negocio jurídico no se encuentra reconocida ni positivizada en el ordenamiento jurídico costarricense como una categoría patológica autónoma. Al margen de la discusión doctrinaria surgida a favor y en contra de la calificación de “inexistencia”, lo cierto es que, en Costa Rica las patologías negociales están reguladas a través de las figuras de nulidad absoluta y relativa, según se configuren los presupuestos enunciados en los numerales 835 y 836 del C.C [...]”. (Resolución n.N 00653 – 2015, del de junio de 1015).

5.3. Consecuencias de la nulidad absoluta del contrato

1. La nulidad del contrato de maternidad subrogada es absoluta porque se celebra en contravención de las citadas normas (5.2. *retro*) que tienen por objeto la salvaguarda del interés general. Esta nulidad absoluta procede de pleno derecho²⁴, y toda persona que acredite un interés, así como el Ministerio Público pueden invocarla, y no puede subsanarse por virtud de la confirmación del contrato. Y, por supuesto, la madre gestante contratada no solo luego de otorgar el contrato, sino durante su vigencia que termina con el parto y después de este al negarse a entregar al niño o a la niña (en ejecución del contrato), sin que valga alegar en su contra incumplimiento de contrato, puesto que este es absolutamente nulo por infringir disposiciones imperativas, irrenunciables, personalísimas e imprescriptibles, dictadas en protección de la persona, la familia y la sociedad. Es impropio e improcedente hablar de incumplimiento de contrato y menos que este sea ejecutable con la entrega del nacido vivo a las personas contratantes; más aún porque la persona no es una cosa u objeto que se entrega en propiedad en cumplimiento de una obligación de dar.
2. Estamos en presencia de un contrato inficionado de ineficacia originaria absoluta que no produce ningún efecto y que alcanza a las partes como a sus causahabientes y terceras personas, nulidad absoluta que deja a los y las contratantes en situación tal y como si jamás contrataron.
3. Como el referido contrato se considera como si jamás fue celebrado (*nullum est negotium, nihil est actum*), la maternidad se determina por el parto²⁵, es decir, la gestante que dio a luz es la madre, mientras que el padre es el aportante del gameto utilizado para la fecundación.
4. ¿La nulidad absoluta de pleno derecho del contrato, entendida según las apuntaciones que anteceden, obliga a la contratada a devolver al contratante los gastos efectuados como consecuencia del contrato nulo? Creemos que no. Cuando la causa es ilícita por ser contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público, y quien así haya entregado una prestación o haya pagado una obligación no puede ejercer la acción en repetición, sino cuando de su parte no haya habido violación de aquellas. En el contrato de maternidad subrogada, parece que ambas partes han incurrido en violación

24 “[...] el cardinal 19 del CC dispone que los actos contrarios a las reglas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, con la salvedad que dicten esas propias normas. De ahí, en asuntos como el de análisis, no se trata de que el contrato no se haya perfeccionado o contenga yerros, sino que al resultar contrario al ordenamiento jurídico, -nulidad originada en la prohibición legal- entonces resulta nulo de pleno derecho [...]”. (cfr. Sala Primera de la Corte, resolución n.º 00291 – 2019 del 3 de abril de 2019).

25 Ley española 14/2006 del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone en el artículo 10 que: 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

del orden público, pero no es así porque la mujer contratada no puede renunciar a las mencionadas normas en cuyo cumplimiento está interesado el orden público, pues como señala el Código Civil francés reformado (2016) *supra* citado, “El contrato no podrá sustraerse al orden público ni en su contenido ni en su finalidad, la conocieren o no todas las partes” (art. 1162).

En efecto, quien viola esas normas es el contratante, por haber celebrado el contrato de adhesión, tipo y uniforme, unilateralmente impuesto sin la libre negociación de la contratada que únicamente *asintió*, y de contenido clausular predispuesto y abusivo. Si se considera que la mujer también incurrió en tal infracción, tampoco procede la *repetición* de lo recibido, pues como se instituye en el artículo 1306 del Código Civil español:

Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

5. ¿Procede la indemnización por daños y perjuicios? Si se considera que las partes son responsables de la nulidad

absoluta del contrato de maternidad sustituida, ninguna podría solicitar indemnización por haber incurrido en violación de normas de orden público, más aún cuando la indemnización de perjuicios supone un acto malicioso que provoca causalmente un daño que debe ser demostrado, y la culpa (dolo o negligencia) es compartida por las partes. Sin embargo, es obvio que la mujer contratada que ha estado sometida durante meses desde el implante intrauterino actuó de buena fe, sin dolo. Y lo mismo no puede decirse del contratante en contra de quien puede presumirse que actuó con dolo mediante un contrato fraguado integrado por cláusulas predispuestas que se ha aprovechado de la necesidad económica de la mujer.

Ahora bien, el contrato inficionado de nulidad absoluta se reputa como si nunca hubiera existido, por lo cual la fuente de la responsabilidad no es el contrato de maternidad subrogada, ya que no existe, sino el hecho ilícito del contratante de haber elaborado el contrato que contiene ínsito el régimen clausular predispuesto y por celebrarlo en violación de normas de orden público.

Por eso, la mujer (víctima) podrá solicitar reparación del daño sufrido en los términos del derecho común de la responsabilidad extracontractual; es decir, la indemnización de daños y perjuicios que no nace del incumplimiento de las obligaciones predispuestas en el contrato unilateral (lo que presume una conducta dañosa del contratante previamente calculada), sino de la nulidad absoluta originaria del contrato de maternidad subrogada ante el daño y perjuicio que esta supone, daños patrimoniales que signifiquen

un menoscabo valorable económicamente, que sea cierto, real y efectivo, en perjuicio de la mujer contratada, así como el daño moral, de afección, extrapatrimonial o incorporeal.

Independientemente de que la mujer haya o no dejado sin efecto el contrato, o el rechazo a su cumplimiento, si el o los contratantes que hayan dejado en estado de abandono a la mujer receptora de embrión, en cualquier etapa de la gestación o después del nacimiento del concebido, ella tiene derecho a reclamar a aquellos los daños y perjuicios ocasionados.

No se trata de daños y perjuicios contractuales, porque el contrato en comentario adolece de nulidad absoluta originaria, sino de aquellos que la mujer gestante ha podido sufrir desde la implantación intrauterina, conforme la maternidad subrogada, hasta el parto y después de este, referidos al daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, en relación de causa y efecto, es decir, de la relación de causalidad entre el hecho o acto y el daño, para que este sea imputable jurídicamente al contratante que se presume responsable, con fundamento en el hecho ilícito del contratante por haber procedido a imponer el mencionado contrato, en las condiciones denunciadas como abusivas y en perjuicio de la mujer; precisamente, el contratante como culpable de la nulidad, quien además maliciosamente indujo a la mujer a otorgar un contrato nulo, actuando con culpa, negligencia, imprudencia e inobservancia de las normas imperativas de orden público.

Además, se agrega la responsabilidad por el daño emergente ante la disminución patrimonial o la pérdida de valor de los activos o aumento de los gastos o pasivos que la mujer haya realizado en protección de su salud, o cualquier gasto efectuado por la ocurrencia del hecho generador del daño, por

el lucro cesante o la frustración por lo que se ha dejado de percibir a causa del hecho ilícito por acción u omisión del contratante, y por el daño moral sufrido que “no repercute en el patrimonio. Supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas, la cual se traduce en disgusto, desánimo, angustia, padecimiento emocional o psicológico, etc.”. Y aunque puede tener consecuencias patrimoniales, no puede subsumirse en ellas (cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de enero de 2000). Según la misma sala, en la sentencia del 15 de julio de 1992:

la diferencia dogmática entre daño patrimonial y moral no excluye que, en la práctica, se presenten concomitantemente uno y otro, podría ser el caso de las lesiones que generan un dolor físico o causan una desfiguración o deformidad física (daño a la salud) y el daño estético (rompimiento de la armonía física del rostro o de cualquier otra parte expuesta del cuerpo), sin que por ello el daño moral se reputa como secundario o accesorio, pues evidentemente tiene autonomía y características peculiares.

VI. Conclusiones

1. Los gametos son portadores de vida mucho antes de la concepción. El óvulo femenino y el semen del varón son ambas células vivas, células humanas. Según Jerome Lejeune, genetista descubridor de las causas del síndrome de Down, aceptar que, después de la fecundación, un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es ya una cuestión de gusto u opinión,

- no es una hipótesis metafísica, sino una experiencia experimental²⁶.
2. La persona humana nacida viva de fecundación humana asistida tiene el derecho de conocer su origen genético, aun cuando se llegue a disponer el mantenimiento en secreto de toda información confidencial, tanto en beneficio del donante de los gametos, como de la madre o la pareja que los utilizarán. No obstante, queda latente el derecho de la persona menor de saber su origen genético.
 3. La persona humana nacida debe ser protegida desde que se inicia el proceso fecundatorio, pues los embriones son seres humanos con una carga genética única y, por lo tanto, son dignos de protección por el ordenamiento jurídico, más aún cuando la calidad de sujeto de derecho, que distingue a la persona, se adquiere desde su concepción y no desde su nacimiento, aunque supeditado al goce de los derechos patrimoniales a que nazca con vida.
 4. Los derechos personalísimos y extrapatrimoniales son irrenunciables. Así, las normas de orden público absoluto son aquellas imperativas e irrenunciables, personalísimas y continentes de derechos imprescriptibles, dispuestas por el legislador en interés superior de la persona humana, de la familia y la sociedad.
 5. Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla a sí mismo... Por lo demás, está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano... el ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento, se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida²⁷.
 6. El contrato de maternidad subrogada es ilícito porque la capacidad generativa es indispensable, intransferible y personalísima. Está fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, y porque pretender contratar el uso de un útero durante nueve meses de gestación atenta contra los principios de orden público.
 7. El contrato de maternidad subrogada es nulo, de nulidad absoluta originaria, porque surge en violación de normas de orden público que son imperativas, irrenunciables, personalísimas y continentes de derechos imprescriptibles, las cuales tienen como fuente principal y esencial la Constitución Política cuando

26 Lejeune, Jerome, cit. por Sanz Álvarez, Jaime Enrique. (2002). *Fecundación asistida*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pp. 170-171.

27 Juan Pablo II. (25 de marzo de 1995). Encíclica “*Evangelium vitae*” (n.º 60). <https://www.vatican.va>. Consultado el 9 de diciembre de 2022.

esta preceptúa: “La vida humana es inviolable” (art. 21), y este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Por lo cual, estamos en presencia de un contrato inficionado de ineficacia originaria absoluta que no produce ningún efecto y alcanza tanto a las partes como a sus causahabientes y terceras personas.

8. La nulidad del contrato de maternidad subrogada procede de pleno derecho y toda persona que acredite un interés, así como el Ministerio Público pueden invocarla, y no puede subsanarse por virtud de la confirmación del contrato.
9. La madre gestante contratada no está obligada a cumplir con un contrato que no existe, no solo luego de decirse que fue celebrado, sino también durante su vigencia y después de este al negarse ella a entregar al niño o a la niña, sin que valga alegar en su contra incumplimiento de contrato, puesto que, cuando este es absolutamente nulo por infringir disposiciones imperativas, irrenunciables, personalísimas y de derechos imprescriptibles, dictadas en protección de la persona humana, la familia y la sociedad, es impropio e improcedente hablar de incumplimiento de contrato y menos que este sea ejecutable con la entrega del (de la) nacido(a) vivo(a) a las personas contratantes.
10. El contrato de maternidad subrogada jamás fue celebrado (*nullum est negotium, nihil est actum*, pues el contrato así celebrado no engendra efectos jurídicos, carece *ab initio* de eficacia) y, en consecuencia, la

maternidad se determina por el parto, es decir, la gestante que dio a luz es la madre, mientras que el padre es el aportante del gameto utilizado para la fecundación. Desde luego, queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico, conforme a las reglas generales.

11. La nulidad absoluta de pleno derecho del contrato no obliga a la mujer a devolver a la persona contratante los gastos efectuados por esta. Sin duda, el contenido del contrato es inconstitucional e ilícito, pues como hemos apuntado, contraría a la Constitución Política, la ley, las buenas costumbres y al orden público, por lo cual no tiene obligación de repetir la prestación o lo pagado por la persona contratante, pues esta ha incurrido en violación de esta normativa.

En efecto, quien las viola es el contratante por haber celebrado el contrato de adhesión, tipo y uniforme, de contenido clausular predispuesto y abusivo, sin la libre negociación de la contratada, aun cuando por lo mismo es negociación inútil. Si se considera que la mujer también incurrió en tal infracción, tampoco procede la repetición a su cargo, pues como se instituye en el artículo 1306 del Código Civil español:

Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:
1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando

esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

12. La mujer (víctima) podrá solicitar reparación del daño sufrido en los términos del derecho común, de la responsabilidad extracontractual, es decir, la indemnización de daños y perjuicios que no nace del incumplimiento de obligaciones, sino de la nulidad absoluta originaria del contrato de maternidad subrogada, daños patrimoniales que significan un menoscabo valorable económicamente que es cierto, real y efectivo en perjuicio de la mujer contratada, así como un daño moral, de afección, extrapatrimonial o incorporal (daño moral subjetivo).

Bibliografía

Aguiló Regla, Josep. *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*. <http://www.scielo.org.pe>

Bayonas, Amalia. *¿Cuánto cuesta la técnica de gestación subrogada?* <https://babygest.com/>

Berge, Salvador D. *Bioética, cuerpo y mercado*. <https://www.redalyc.org>

Carrasco de Paula, Ignacio. *Discernir la procreación médicamente asistida: conceptos clave del magisterio de la Iglesia católica*. <https://enciclopediaebioetica.com>

De Verda, José Ramón. *Reproducción humana asistida*. <https://www.revista-rbd.com>

Díez-Picazo, Luis. (1972). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Ed. Tecnos.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. (2015). *La filiación y la fecundación “in vitro”*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es>

Guerrero-Quintero, Gilberto. (2022). *El objeto y la causa como requisitos de validez del contrato. ¿Una discusión interminable?* San José, Costa Rica: Ed. Investigaciones Jurídicas. 376 pp.

Jouve de la Barreda, Nicolás. *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*. <http://aebioetica.org>

Juan Pablo II. (25 de marzo de 1995). *Encíclica “Evangelium vitae”* (n.º 60). <https://www.vatican.va>

Lejeune, Jerome, cit. por Sanz Álvarez, Jaime Enrique. (2002). *Fecundación asistida*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pp. 170-171.

Lledó Yagüe, Francisco. *Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*. <https://dialnet.unirioja.es>

Maldonado, Lorena G. *Por qué soy feminista radical (y quizás tú también)*. <https://www.elespanol.com>

Norma Juanes. *Naturaleza jurídica de la donación. Concepto y contenido. El problema*

en el derecho civil argentino y en el derecho comparado. <https://escribanos.org.ar>

Orden n.º 2016-131 del 10 de febrero de 2016 por la que se reforman el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones. Por Ley 2018-287, 20 de abril 2018, se ratifica esta ordenanza. Puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr>

Piñón, Benjamín Pablo. *El principio de orden público en la teoría general del contrato*. <https://www.semanticscholar.org>

Ramiro, F.J. *¿De dónde vienen los bebés (sustitutos). La subrogación como violación de los derechos humanos*. <https://www.bioeticaweb.com>



Entrevista



ENTREVISTA A XINIA FERNÁNDEZ VARGAS



Para la Revista Judicial es un verdadero honor realizar esta entrevista con doña Xinia Fernández Vargas, quien es una profesional en Trabajo Social, con 27 años de ejercicio. Docente e investigadora en la Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Costa Rica. Labora en el Poder Judicial desde 1994, 13 años como integrante del equipo interdisciplinario conformado por ley para la evaluación de profesionales en Derecho aspirantes a ocupar puestos en propiedad en la Judicatura. Desde mayo del 2007 labora en la Secretaría Técnica de Género se ha especializado en derechos humanos de las mujeres, violencia de pareja, doméstica y sexual, como parte de su trabajo ha realizado diversas investigaciones sobre violencia de pareja en personal judicial, hostigamiento sexual violencia y discriminación en el trabajo, el uso de las cámaras de Gesell, tentativas de femicidio entre otros. Ha coordinado múltiples grupos de trabajo dentro de la institución dirigidos a la formación y sensibilización en igualdad

de género y no discriminación tales como la Subcomisión institucional contra el hostigamiento sexual, la Subcomisión de no discriminación por orientación sexual e identidad de género. Doña Xinia integra el Consejo Editorial de la Escuela Judicial, desde su conformación en el 2013.

Para empezar, nos gustaría que nos contara un poquito de su trayectoria y de ¿cómo llegó al Poder Judicial?

Bueno, llegué al Poder Judicial en 1994, porque salió a concurso una plaza para integrar el equipo interdisciplinario que sería parte del proceso de reclutamiento y selección al que debían someterse las personas profesionales en derecho que aspiraban a tener puestos en propiedad en la judicatura, esto a partir de la aprobación de la Ley de Carrera Judicial, aprobada un año antes. Me contrataron para ocupar el cargo de profesional en trabajo social, el equipo estaba integrado además por un médico y un psicólogo. Entonces, en realidad fue una agradable sorpresa, porque yo estaba esperando hacer un cambio laboral y nunca había trabajado en reclutamiento de selección, de hecho, creo que incluso antes de esto nunca había entrado al edificio de la Corte. Previo a eso, laboraba en los consultorios de Medicina Familiar y Comunitaria en Fecosa, Los Diques y Cocorí en Cartago y antes trabajé en distintos hospitales y clínicas de la CCSS; así que la oportunidad de laborar en el Poder Judicial y en ese proceso, significó un cambio radical. Entonces por 12 años y medio, integré el equipo interdisciplinario de lo que actualmente se llama Sección administrativa de carrera judicial. Ahí tuve un montón

de anécdotas, porque por primera vez el Poder Judicial contaba con un procedimiento técnico- administrativo para la selección de juezas y juezas. Aquello al principio fue un cisma, pues generó una reacción adversa en muchas personas que se sintieron amenazadas al tener, obligatoriamente, que someterse a un proceso que contemplaba distintas etapas de evaluación si querían optar por un puesto en propiedad. La Ley establecía reglas claras ya que previo a ella, eran parámetros subjetivos los que se empleaban para los nombramientos. Como por dos años y medio estuvimos haciendo perfiles de puestos ya que algunas personas funcionarias interpusieron un recurso de amparo buscando la eliminación de lo establecido en la Ley. En ese tiempo, el jefe de la Unidad Interdisciplinaria era el jefe del Departamento de Recursos Humanos quien me delegó para representar a ese departamento en algunas comisiones, entre ellas recuerdo la de Valores. De alguna forma, a principios del 2000 me enteré de la existencia de la Secretaría Técnica de Género y recuerdo que me acerqué en algún momento a buscar información o a conocer de qué se trataba el trabajo, pues yo estaba terminando mi maestría en investigación en el posgrado de Trabajo Social y justamente mi tesis se refería a la relación entre identidad de género y la identidad profesional. Recordemos que para ese momento la Secretaría tenía relativamente poco de existir, pues fue creada en el 2003. En una de las reuniones de la Comisión de Valores coincidí con doña Jeannette Arias, y en el intercambio que hubo en la sesión, me dice que si me gustaría trabajar con ella. Estoy hablando de finales del 2006, principios del 2007; en ese momento la exmagistrada Anabelle León Feoli quien integraba la Comisión de Género, estaba realizando un trabajo vinculado a las Reglas de Acceso a la Justicia, proyecto de la Cumbre Judicial Iberoamericana en

donde pedían a los Poderes Judiciales que identificaran los obstáculos para el acceso a la justicia que tenían diversas poblaciones: personas indígenas, con discapacidades, privadas de libertad, indígenas y otras. Para cumplir con el encargo deciden solicitar dos plazas para recuperar toda la información que se requiere para identificar esos obstáculos de acceso a la justicia, sistematice los hallazgos y se elabore una propuesta de lo que van a hacer con respecto a las reglas de Brasilia con base en el documento borrador que había mandado la Cumbre. Y es ahí donde doña Jeannette ve la oportunidad de llevarme a la Secretaría, y me ofrece esa posibilidad, era por un periodo de 6 meses, de mayo a diciembre del 2007. Así empecé a trabajar en esa oficina, pero expresamente a cargo de Reglas de Brasilia, hizo el destino que cuando concluyó el periodo del permiso se otorgó a la Secretaría una plaza de profesional dos y allí me quedé, ahora sí como profesional de planta.

¿Me imagino que fue una experiencia muy interesante?

Sí, indudablemente lo fue. Cuando terminamos ese trabajo le dije doña Anabelle León que había que tomar varias decisiones como producto de la experiencia acumulada, lo primero era cambiar el nombre de la Comisión de Accesibilidad, como se llamaba, pues esa comisión se encargaba en ese momento exclusivamente de personas con discapacidad para que se denominara “Comisión de Acceso a la Justicia” como se llama desde ese momento, esto porque sería la comisión que reuniría a personas de todos los grupos de trabajo que se constituyeron para identificar los obstáculos para el acceso a la justicia de distintas poblaciones, porque esos grupos no existían como tales antes de las reglas de Brasilia, y los esfuerzos

previos que se hacían, era una cosa más por iniciativa personal, pero no era una posición institucional. Era importante que estos grupos de trabajo quedaran permanentes porque como decía doña Anabelle ya sabiendo los obstáculos que para el acceso a la justicia tenían las distintas poblaciones, pues indudablemente había que seguir trabajando en solucionarlos. Esa es la génesis de variadas subcomisiones que existen: de personas indígenas, con discapacidad, de la comunidad LGBTIQ+, de Afrodescendientes, de personas privadas de libertad, indígenas, víctimas de violencia, penal juvenil, entre otras. Paralelo a la tarea que se me asignó durante esos meses de permiso, colaboraba en todo lo que me fuera posible con la actividades de la Secretaría pues fue en esa oficina donde nos destacaron; fue justo al concluir el permiso que a doña Jeannette, jefa de la Secretaría, le respondieron positivamente a una solicitud que tiempo atrás había realizado para que reforzaran la oficina con una plaza nueva de profesional 2; entonces doña Zarela Villanueva y doña Jeannette Arias me dijeron, bueno si usted quiere se queda en ese puesto y bueno me quedé, allí trabajo desde mayo del 2007, 16 años, de laborar en la Secretaría, en total 29 en el Poder Judicial.

¿Y cuál ha sido su experiencia en la Secretaría? ¿Qué logros se han obtenido?

Debo decir que mi experiencia ha sido muy positiva, doña Zarela y personas que han tenido una larga trayectoria en la institución, consideran que son indudables los cambios que se han venido haciendo a partir de la creación de la Comisión, la Secretaría y la aprobación de la Política de igualdad de género. Ha sido un arduo y permanente trabajo de identificación de los obstáculos que para el acceso efectivo a la justicia han

tenido y tienen las mujeres pero también los problemas que por su condición de género afectan a las mujeres que laboran en la institución, podemos señalar como ejemplo la participación de las mujeres en los puestos de la judicatura y en cargos de toma de decisiones y de jefaturas; la revisión de muchos de los servicios que presta el Poder Judicial y cómo se ha hecho, sobre todo en aquellas áreas donde las mujeres eran las principales usuarias por ejemplo, pensiones alimentarias, violencia doméstica, delitos sexuales. La aprobación de leyes especializadas en violencia doméstica, hostigamiento sexual, la ley de penalización de la violencia contra las mujeres, la de relaciones impropias, la de acoso sexual en espacios públicos más las convenciones internacionales de derechos humanos de las mujeres se han sumado a una revisión exhaustiva y a un replanteamiento de cómo se da la atención a las usuarias de esas materias.

Sin duda alguna el impacto del trabajo en la materia de género ha sido significativo, sin negar que aún persisten muchos pendientes y surgen nuevos problemas, pero es innegable el esfuerzo que el Poder Judicial ha venido realizando que lo destaca a nivel nacional e internacional. Como decía anteriormente, la creación de la Secretaría Técnica de Género, y previo a ella, la creación de la Comisión de Género en 2001 han sido decisiones estratégicas para evidenciar el compromiso institucional con la erradicación y la atención de la violencia y discriminación contra las mujeres. El hecho que la Secretaría esté adscrita al Consejo Superior y haya sido siempre liderada por una magistrada, definitivamente ofrece un apoyo político del más alto nivel al trabajo que se hace y que sin lugar a dudas ha cambiado la cultura institucional. Creo que ya a esta altura nadie duda de la necesidad de hacer análisis

diferenciados que tomen en cuenta las necesidades particulares de mujeres y hombres cuando hay que definir proyectos, programas y tomar decisiones. Y en este proceso sin duda el compromiso de las distintas oficinas y despachos judiciales ha tenido un papel muy relevante pues finalmente son ellas las que prestan directamente los servicios, la Secretaría define, impulsa y lidera las acciones para mejorar el acceso a la justicia de las mujeres.

Bueno, pero hoy tenemos más representación de mujeres en la Corte Suprema de Justicia, más magistradas, y mujeres que ocupan altos cargos.

Pero vea qué interesante esto doña Vilma, por ejemplo, el máximo número de magistradas que se ha tenido históricamente en el Poder Judicial son 8, incluso en este momento creo que hay 8, ese es el máximo, y aun así, estamos hablando de mucho menos de la mitad, porque son 22 los cargos y doña Zarela siempre nos comentaba que cuando ella llegó a ocupar el puesto de magistrada, los integrantes de la Corte en aquel momento le decían: “Ay, qué bueno una mujer para que alegre la foto”. O sea, ni siquiera se pensaba que era importante una mujer, porque podía aportar otra visión, porque también tenía talentos, habilidades y destrezas, conocimiento que era una igual a ellos, digámoslo así, sino siempre desde esa mirada de la mujer decorativa. Eso no se ha erradicado del todo, pero a esta altura a nadie se le ocurriría hacer un comentario tan explícito como ese, de cosificación de las mujeres. Pero lo que sí es cierto es que por lo menos ya todo este trayecto, todo el tiempo que ha pasado desde ese momento ha desnaturalizado el hecho de invisibilizar a las mujeres, de negarles participación y las mujeres a la vez tienen también mayor claridad de los derechos que tienen, de los

espacios en los que pueden moverse, o sea, hay una revolución de alguna manera dentro de estos ambientes, no solamente la Comisión y la Secretaría, el país entero ha avanzado y en cada institución se van impulsando políticas para que eso se permee. La Secretaría es un órgano técnico asesor, nosotras trabajamos con las oficinas, con la Fiscalía, con la Dirección Jurídica, con la Dirección Ejecutiva, con la Dirección de Planificación, de tal manera que cada una de esas oficinas logren apropiarse del análisis y la perspectiva de género y puedan aplicarlo a su quehacer concreto. Nosotras le ofrecemos formación, orientación, acompañamiento para que puedan definir desde la especificidad del trabajo que tienen a cargo, la incorporación de la perspectiva y el análisis de género en su quehacer cotidiano. En mi caso particular siempre me ha interesado incorporarme en distintas áreas de trabajo institucional porque eso permite de alguna manera ir incorporando esa mirada, como pasó con el Consejo Editorial, por ejemplo, o como pasó hace unos años que participé en la Comisión de Relaciones Laborales o en el Consejo de Administración del Primer Circuito Judicial. Son oportunidades para proyectar el trabajo de la oficina y también para sugerir o propiciar que se tomen decisiones que abonen al trabajo que en la materia el Poder Judicial ha venido realizando.

¿Algún ejemplo específico de lo que ha señalado?

Sí. Nosotras hemos trabajado muchísimo, por ejemplo, con la Escuela Judicial y las Unidades de capacitación y de hecho, la primera política de uso del lenguaje inclusivo lo hicimos con la Escuela Judicial. Y le voy a contar cómo surgió esta historia. Yo trabajaba en el Centro de Investigaciones en Estudios de las mujeres de la UCR, como asistente

en un proyecto que tenía que ver con el uso del lenguaje inclusivo, que era una novedad en aquellos años y recuerdo, no precisó en qué año exactamente, la Escuela invitó a la Secretaría a formar parte de un grupo que estaba elaborando un curso sobre violencia intrafamiliar, entonces nos reuníamos con mucha frecuencia, en una de esas reuniones les comenté que la Universidad de Costa Rica tenía un manual y directrices sobre el uso del lenguaje inclusivo, y que podría valorarse algo similar; acogieron esa sugerencia y el Consejo Directivo de la Escuela Judicial aprobó esa política de uso de lenguaje inclusivo para la Escuela y las Unidades de Capacitación en el 2009, y en el 2012 doña Jeannette le pide al Consejo Superior y éste lo aprueba, que esa política se amplíe a todos los órganos que conforman el Poder Judicial.

Además de eso hemos realizado un amplio trabajo con el OIJ, el Ministerio Público, la Oficina de Atención a Víctimas, el Departamento de Trabajo Social y Psicología con el Programa Equipos de respuesta rápida a víctimas de violación; hemos aportado la perspectiva de género a múltiples políticas institucionales, impulsado y dado seguimiento al uso de las Cámaras de Gesell, contamos con un grupo de trabajo con hombres, tenemos a cargo la coordinación de la Subcomisión institucional contra el hostigamiento sexual, la Subcomisión contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, se acompaña la incorporación de la perspectiva de género en los procesos formativos que ofrece la Escuela y las Unidades de Capacitación, ofrecimos este año capacitación para la elaboración de sentencias con perspectiva de género en materia laboral y civil, esto por mencionar algunos ejemplos del trabajo que realizamos.

¿Y qué piensa usted falta por hacer?

Pues en esta materia como en muchas, el trabajo nunca está concluido, yo creo que en estas cosas lo primero es sostener los logros alcanzados, continuar buscando soluciones que involucren a las oficinas responsables y si es posible a las personas usuarias también hacerlas partícipes de las propuestas que se hagan. A nivel nacional e internacional hay un fortalecimiento de discurso conservadores que impactan de alguna forma las decisiones políticas que se toman respecto a los derechos humanos en general y en particular sobre los derechos de las mujeres y de otros grupos como las personas de la comunidad LGBTQ+. Da la impresión de un estancamiento o un retroceso. Entonces, hay que sostener fuertemente los logros que se han alcanzado. Por eso es importante en el Poder Judicial, la necesidad de ofrecer a las mujeres la posibilidad de ocupar puestos de alto nivel. Han surgido nuevos retos además de los pendientes, por ejemplo, ahora con la extensión de los años de trabajo institucional, qué significa eso para mujeres y hombres diferenciadamente. ¿Qué significa jubilarse ya no a los 60, sino a los 65 y con 35 años de servicio? ¿Qué consecuencias tiene esto no solo en la vida concreta de las personas trabajadoras sino en el servicio que presta la institución? El reto de cómo se concilian las responsabilidades laborales con las familiares. El Poder Judicial no tiene ninguna política al respecto ni ninguna decisión concreta y es importante hacerlo, porque a pesar de que las mujeres hayamos ingresado al mercado de trabajo y que algunos varones hayan cambiado con relación a su papel en la crianza o en asumir de manera conjunta los oficios de la casa, todavía sigue estando en la espalda de las mujeres la mayoría de las tareas

de cuidado y domésticas; entonces, sin duda eso sigue siendo un obstáculo para que ellas estudien más, para dar clases, si quieren ser docentes, para investigar más, para escribir. A propósito de esto, recuerdo algunos acuerdos que al respecto tomó el Consejo Editorial en sus inicios como fue establecer como requisito el uso del lenguaje inclusivo en los artículos que se presenten para publicación y además desarrollar algunas acciones que motivaran a las mujeres a escribir, ahora yo creo que vemos más mujeres escribiendo que en algunos tiempos atrás. Otra cosa que también yo creo que acentuó este Consejo Editorial, es que no solamente las abogadas y los abogados escriban, sino reconocer el aporte tan grande que hacen profesionales de otras áreas para cumplir con la labor que el Poder Judicial les tiene encomendado.

¿Algo que quiera agregar?

Bueno ya que solo hablamos antes de trabajo, me gustaría agregar algunos datos de mi biografía soy madre de dos hijas y un hijo y tengo 3 nietos y una nieta y te puedo decir que de los 29 años que tengo de laborar para el Poder Judicial, aun cuando hayan existido situaciones, vivo profundamente agradecida, porque realmente me ha dado la oportunidad no solo de desarrollarme profesionalmente en labores que cuando las inicié eran atípicas para profesionales en Trabajo Social sino también, como jefa de hogar asumir las responsabilidades que eso implica.

Entrevista realizada por : Vilma Alpízar Matamoros.

*Personas que
colaboraron
en este número*

PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO

DR. LUIS MARIANO ARGUELLO ROJAS Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Es licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por la UCR. En el 2011, fue medalla de honor y obtuvo el primer promedio del Sistema de Estudios de Postgrado en Derecho y del Área de Ciencias Sociales (a nivel de especialidad) de la UCR. En el 2019, obtuvo el primer promedio en el posgrado cursado en la UNA. En general, todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el 2012, es juez de la república y ha desempeñado su cargo en la Jurisdicción Civil y Contencioso-Administrativa. A partir del 2015, es profesor de Derecho en la UCR (sede de Occidente). Es autor de dos libros y diversos proyectos de investigación publicados en revistas jurídicas especializadas a nivel latinoamericano. Ha fungido como facilitador en la Escuela Judicial y director de varios TFG presentados en la UCR. Es investigador, conferencista y miembro de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Correos electrónicos: luis.arguellorojas@ucr.ac.cr / arguellomariano@gmail.com

LIC. FRANCISCO JIMÉNEZ SOLANO. Licenciado en Derecho con énfasis en Ciencias Forenses por la Universidad de Costa Rica. Estudiante de la Maestría en Ciencias Penales de la misma casa de enseñanza. Defensor público del 2016 al 2022. Abogado litigante en materia penal y asesor en compliance penal. Correo electrónico: fjimenezsolano@gmail.com

MS.c. LISSETTE CÓRDOBA QUIRÓS. Jueza y máster en Administración de Justicia con Énfasis en Material Civil. Correo electrónico: lcordobaq@poder-judicial.go.cr

MS.c. DIAMANTINA ROMERO CRUZ. Máster en Derecho, jueza 5 en el Tribunal de Apelaciones de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: diamantinarom@yahoo.com y dromero@poder-judicial.go.cr

MS.c. MARÍA GABRIELA LEÓN MORA. Abogada, máster en Administración de Justicia -Enfoque Sociojurídico- con énfasis en Administración de Justicia Penal, jueza 4 penal en propiedad en el Tribunal I Circuito Judicial de Alajuela. Correo: gleon747@gmail.com

MS.c. MINOR JOSÉ SOTO FALLAS. Juez Penal 4, Tribunal Penal de Desamparados. Master en Administración de Justicia Correo electrónico: msotof@poder-judicial.go.cr

LIC. TEODORO BERMÚDEZ VALENCIA. Abogado y notario, licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Las Américas (UIA) de Costa Rica. Ha laborado como fiscal auxiliar del Ministerio Público en justicia ordinaria en todo el país desde el año 2011 y en justicia restaurativa penal de personas adultas, desde finales del año 2014 en las oficinas de Pavas y del

Segundo Circuito Judicial de San José. A partir del año 2018, inició con la apertura de la Oficina de Justicia Restaurativa de Cartago, donde labora actualmente. Correo electrónico: tbermudez@poder-judicial.go.cr

LICDA. CLARA CONTRERAS MÉNDEZ. Bachiller en Criminología, Licenciada en derecho, actualmente cursa la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, además se encuentra realizando un voluntariado con el Ministerio de Justicia y Paz, en el área jurídica del Centro Institucional Calle Real, Liberia. Correo electrónico: ccontreras@yahoo.es

LICDA. ANGIE SÁNCHEZ MORA. Licenciada en Derecho. Universidad de las Ciencias y el Arte de Costa Rica. Correo electrónico: angiedanisanchez@gmail.com

DR. GILBERTO GUERRERO-QUINTERO. Doctor en Derecho por la Universidad de Los Andes, profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, exmagistrado suplente de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, exintegrante de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia para el ingreso y ascenso en el Poder Judicial y miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Reside en Costa Rica y adquirió la ciudadanía costarricense. Correo electrónico: guerquin1@gmail.com

NORMAS DE PUBLICACIÓN

El Consejo Editorial de la Escuela Judicial comunica los siguientes lineamientos que las personas colaboradoras, deben seguir para la edición de los artículos o ensayos de sus publicaciones en la Revista Judicial.

OBJETIVO GENERAL.

La Revista Judicial es una publicación del Poder Judicial a cargo de la Escuela Judicial y que tiene como objetivo general difundir el conocimiento científico-jurídico desde una perspectiva integral e interdisciplinaria, producto del análisis sobre diversos temas de actualidad, que representen una contribución para el mejor acceso a la justicia.

PERIODICIDAD

La Revista es una publicación semestral (junio y diciembre) y los artículos a valorarse se reciben con seis meses de antelación a la publicación.

A. ASPECTOS GENERALES

Se reciben artículos escritos en español y el archivo electrónico del artículo a evaluarse, debe ser remitido en versión Word o compatible (rtf) al correo electrónico **revistajudicial@poderjudicial.go.cr** de la Revista Judicial, con las siguientes características formales:

Deben presentarse los textos con interlineado 1.5

El tipo de letra utilizado debe ser times o times new roman 12.

El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en word tamaño carta. Los márgenes estándar que debe tener el papel de carta son los siguientes: Margen superior e inferior de 2,5 cm, Margen izquierdo y derecho de 3 cm

El artículo tendrá una extensión entre **15 y 30 páginas de texto**. Excepcionalmente se podrá publicar artículos de mayor extensión, pero deberá mediar una justificación de la dirección de la Revista ante el Consejo Editorial por dicha decisión

Con el fin de alcanzar eficacia comunicativa, se debe redactar el texto en forma clara, sencilla y sin ambigüedades. Es conveniente evitar construcciones recargadas y oraciones muy extensas.

El texto puede estar dividido en partes y secciones que faciliten su comprensión, y cada sección, si procede, puede dividirse en subsecciones. Se presenta la bibliografía al final del artículo y se elabora de acuerdo con las especificaciones que correspondan.

Se debe emplear el **lenguaje inclusivo** y se debe evitar la utilización de paréntesis por ejemplo: trabajador(a).

La persona autora podrá elegir al momento de escribir su artículo entre el modelo Apa o Chicago (sistema notas al pie) según le resulte más cómodo; pero en **ninguna forma** podrá mezclar ambas normas.

B. FORMATO DEL ARTICULO

A. Partes del artículo:

- **Título:** claro y conciso.
- **Autor:** escribir el nombre completo sin títulos académicos y el correo electrónico
- **Resumen:** En un solo párrafo, se deben redactar el objetivo del trabajo y las conclusiones en menos de **120** palabras en letra times 11 minúscula. Debe ser claro y explicativo.
- **Palabras clave:** 5-7 palabras clave separadas por punto y coma.
- **Título:** en inglés
- **Abstract:** Debe ser exacto al resumen en inglés.
- **Keywords:** palabras clave en inglés.
- **Introducción**
- **Desarrollo**
- **Conclusiones**
- **Bibliografía**

EJEMPLO DE FORMATO

RESUMEN

Este artículo analiza dos pronunciamientos de la Sala Constitucional, donde se denota una solución del conflicto a partir del contenido con que se “lleen” las normas jurídicas, para mostrar que el ejercicio hermenéutico propio de la función jurisdiccional no tiene recetas, ni pautas unívocas, solo un sujeto que interpreta. Además, se defiende el “juicio” como punto de convergencia de factores técnicos, convicciones personales, “pre-juicios” y “pre-concepciones”; como el resultado de una exégesis favorablemente “viciada” por elementos ajenos a lo jurídico.

Palabras claves: Realismo jurídico / interpretación judicial / juez constitucional / concepto de familia / interpretación evolutiva / interpretación creativa.

ABSTRACT

This article analyzes two pronouncements by the Constitutional Court, providing a conflict solution based on the content that “fills” the legal rules, just to reflect that hermeneutic practice pertaining to the legal function has no recipes, no univocal patterns, but just one subject who judges. Furthermore, it defends “judicio” as the common ground of technical factors, personal convictions, “prejudice” and “pre-conceptions”, as a result of an interpretation of the law propitiously “flawed” by external non-juridical elements.

Keywords: Legal realism / judicial interpretation / constitutional judge family concept / evolutionary interpretation / creative interpretation

C. MODELO APA O CHICAGO

Al momento de escribir su artículo, la persona autora podrá elegir entre el modelo Apa o Chicago (sistema notas al pie) según le resulte más amigable; pero en **ninguna forma** podrá mezclar ambas normas.

Procedimiento:

Los artículos serán revisados por personas evaluadoras del Poder Judicial o externas. Si no cumple con los requisitos mínimos será rechazado. Si se recomiendan correcciones tendrá quince días naturales para hacerlas.

- Las personas evaluadoras dictaminarán sobre los siguientes aspectos:
- Un alto contenido académico.
- El aporte de tesis o conocimientos nuevos sobre el tema.

- Las afirmaciones respaldadas con argumentos, teoría o por investigación fáctica.
- La relevancia del trabajo en su campo.
- Un buen uso del idioma.
- Uso de lenguaje inclusivo.
- Una exposición clara.
- Una buena organización de las ideas.
- El empleo de las normas de publicación de artículos científicos avaladas por el Consejo Editorial

La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, no implica el compromiso de publicación automática por parte de la Revista Judicial. El artículo deberá ser original e inédito. La persona autora deberá enviar conjuntamente con su trabajo la carta de presentación una pequeña reseña biográfica.